This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

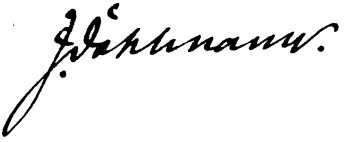
Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HDI
HL 0ZL79

2 Bde E— 5432.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received July 25, 1901



Repeat

Sammlung von Entscheidungen

des

Oberappellationsgerichts zu Lübeck

in

Lübecker Rechtssachen.

Herausgegeben

von

C. A. T. Bruhn, Lic. jur.,
Kanzlist am O.-A.-G.

Erster Band.

Lübeck.
In Commission der v. Rohden'schen Buchhandlung.
1858.

Rec. July 25, 1901

Wenn es bei aller Mannigfaltigkeit und Elasticität von Rechtsverhältnissen und Rechtssatzungen noch eine Hoffnung gibt, in concreten Differenzfällen mit einiger Sicherheit zu ermessen, was eigentlich Rechtens sei, so kann sie fast auf keinem andern oder doch auf keinem festern Grunde beruhen, als auf der Autorität der höchsten Landesgerichte. Denn was die Coryphäen der Praxis in wiederholten Fällen nach sorgsamster Prüfung als positives, unumstößliches Recht ermittelt und hingestellt haben, das gewährt für die Beurtheilung gleicher und ähnlicher Fälle den Parteien wie den Anwälten und dem Richter in der Regel die faßlichste und zuverlässigste Richtschnur.

Aber auch für die Wissenschaft der Jurisprudenz wird aus dem reichen Material von practisch bewährten und zugleich theoretisch erläuterten Rechtsprincipien, wie es sich neuerdings in den Entscheidungsgründen deutscher Gerichtshöfe niedergelegt findet, eine sehr schätzenswerthe Ausbeute sich entnehmen lassen, gleichwie endlich die Lücken in dem Rechtszustande eines Staats für dessen legislative Organe

am Sicherſten aus den Dubitationen ſeiner höchſten Richter-Collegien zu erkennen ſein dürften.

Unter den Präjudicaten der oberſten Dicaſterien Deutſchlands haben nun diejenigen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte — welche in Hamburger, Bremer und Frankfurter Sachen bereits in großer Anzahl geſammelt vorliegen — von jeher eines ganz beſondern Anſehens genoſſen, und ich glaube daher einem weit verbreiteten Wunſche zu entſprechen, wenn ich mit hochgeneigter Genehmigung jenes hohen Gerichts die nachfolgende Sammlung von Urtheilen und Entſcheidungsgründen Deſſelben in Lübecker Civil-Proceßſachen, aus den mir zugänglich geweſenen Originalacten, hiemittelſt veröffentliche.

Lübeck, im December 1857.

Bruhn,
O.-A.-G.-Kanzliſt.

Register.

Seite

Actien-Gesellschaften. Freiheit des Austritts aus 247.
Actio confessoria zum Schutz von Privilegien . 326.
Actio familiae herciscundae.
Geht auf Theilung des ganzen Nachlasses . . 5. 92.
Setzt die Miterbenqualität des Beklagten, nicht dessen Besitz von Erbschaftsgütern voraus . . . . . 92.
Die Theilung der ipso jure getheilten nomina kann damit nicht gesucht werden . . . . . 5.
Ist eine actio mixta und durch voraufgegangene, partielle Theilung nicht ausgeschlossen . . . 91. 92.
Zweck derselben . . . . . 96.
— **in rem** kann nicht bloß in foro speciali rei sitae, sondern auch in foro domicilii angestellt werden . . 433.
— **negatoria**, Wahlrecht zwischen der a. n. und der provocatio ad agendum . . . . . 175 ff.
Actio Pauliana . . . . . 409.
— **redhibitoria** . . . . . 441 ff.
— wesentliche Mängel sind dazu nicht erforderlich . . 450.
Achtmänner. Aufgabe derselben bei Verkoppelungen 200 ff.
Administrativ-Sachen, die Frage, ob Justiz- oder Adm.-Sache, ist eine Rechtsfrage und gehört zur Entscheidung der Gerichte . . . . . 270.
Administratoren, welche durch Procente honorirt werden, dürfen sich für einzelne Mühwaltungen in der Regel keine separate Vergütung berechnen . . . 83.
Zulässigkeit gewisser Impensen im Interesse einer Gütermasse . . . . . 83.
Advocaten. Rest in integrum ob culpam advocati 62. 142. 209.
Aedilitisches Edict, Klagen aus dem A. E. . . . 441 ff.

Seite

Alimentationsbelastungen bäuerlicher Stellen bedürfen nach allgemeinen Rechtsprincipien nicht der gutsherrlichen oder gerichtlichen Bestätigung . . 15.
Vorschriften darüber in den Domcapitelsdörfern . . 15 ff.
Alimente. Ein Vergleich über die durch letzten Willen hinterlassenen Alimente bedarf gerichtlicher Bestätigung 12.
— Legirte Alimente, während dreier Jahre geleistet, können schon aus diesem Grunde auch ferner gefordert werden . . . . . 15.
— die Jemand nicht als negotiorum gestor und nicht in der bestimmten Absicht der Rückforderung gegeben, kann er nicht zurückfordern . . . . . 321.
Altentheil, nicht inscribirter, steht den protocollirten Forderungen nach . . . . . 236.
— gebührt der Wittwe eines Bauern neben der Forderung auf Illaten . . . . . 299 ff.
Amtliche Untersuchung von Contraventionen gegen Bannrechte auf bloße Denunciation des Berechtigten ist eine Anomalie . . . . . 249.
Analogie, — fordert paritas rationis . . . . . 356.
Anastasiana lex, Geschichte und Grundsätze derf. 150 ff.
Anerbenrecht, im Lübschen Landgebiet . . . . . 303 ff.
Appellation. Zur Appellation von Seiten eines Geschäftsführers bedarf es des Auftrags der Partei 110.
— muß sich an den bisherigen Streitgegenstand halten 214.
— gegen die der Rechtskraft fähigen Bescheide stehen nur eigentliche Rechtsmittel zu . . . . . 232.
— über den Suspensiv-Effect der Appellation hat das Untergericht zu erkennen . . . . . 262.
— Erläuterung einer Einrede und Replik in der Appellations-Instanz erlaubt . . . . . 254. 479.
— Rechtfertigungsfrist ein fatale, auch für nova . . . 124 ff.
falls nicht die verspätete Einbringung der angekündigten nova unverschuldet . . . . . 126 ff.
— das benef. nondum deducta deducendi ist nicht dahin auszudehnen, daß in dritter Instanz Beschwerden gegen das Erkenntniß erster Instanz aufgestellt werden dürfen, welche in zweiter übergangen sind . 60.
— beneficium novorum 125 ff. 135. 250. 308. 315. 366. 384. 420. 479.
— Nachholung des Beweises in der Appellations-Instanz rechtfertigt nicht die Beschwerde über die Beweisauflage . . . . . 272.

Seite

Appellationssumme, Betrag und Berechnung derselben 143. 186. 231. 358. 363.

Arbeitsbefugnisse Unzünftiger . . 166 ff. 180. 214. 246—7. 423.

Arbiter. Es bedarf einer manifesta iniquitas des Ausspruchs eines angenommenen arbiter, um eine reductio ad arbitrium boni viri zu verlangen . . 201.

Arrest, General-, dazu genügt die Wahrscheinlichkeit der Insolvenz . . . . . 274 ff.

Assecuranz. Unterlassung der Assecuranz einer Ladung wegen nicht erhaltener Anzeige vom Abgang des Schiffs 137 ff.

— Forderungen, Verjährung der . . . . . 239 ff.

— See-, für fremde Rechnung . . . . . des Schiffers selbst . . . . . Pflicht des Versicherten zur Anzeige relevanter Thatsachen, Beweiskraft des Schiffsjournals und der Verklarung . . . . . 281 ff.

— See-, Pflicht zur Anzeige von dem Abgange und den Eigenschaften des Schiffs . . . . . 462 ff.

Wissentliche Entstellung der Wahrheit in Betreff solcher Thatsachen, welche auf den Entschluß des Versicherers von Einfluß sind, vitiirt den Contract, gleichviel, ob ein Nachtheil daraus entstanden . . . . . 466 ff.

— See-, Beweislast in Betreff der Existenz oder Nicht-Existenz eines vom Versicherten angezeigten Umstandes, je nachdem er als Bedingung aufzufassen oder nicht . . . . . 467 ff.

— Der Versicherte braucht nur den Seeunfall, nicht den Causal-Zusammenhang zwischen dem Unfall und den ihn veranlassenden Umständen nachzuweisen . . 469 ff.

— Derselbe muß sein Interesse zur Zeit der Assecuranz und seinen Schaden darthun . . . . . 472 ff.

— Police, taxirte, Wirkung derselben . . . . . 475 ff.

Aussteuer, einer Bauerfrau. Anspruch auf die Aussteuer neben dem Altentheil . . . . . 299 ff.

— für den Fall der Verheirathung versprochene kann vor der Verheirathung nicht gefordert werden . . . 91.

— Schenkung in Bezug auf eine künftige Ehe keine Aussteuer . . . . . 318 ff.

— Verjährung der Forderung auf versprochene nach L. R. 89 ff.

Bank, Hamburger. Folgen ihrer Wegnahme durch Davoust 20 ff.

Bannmeile . . . . . 350 ff.

Seite
Bannrechte. Schutz im Besitz von Bannrechten . . 249.
Verjährung gegen . . . . . 206. 207.
Bauergüter, Auslobungen bei Bauergütern . . . 91.
— Anwendung des Lübschen Rechts auf Bauergüter im Gebiet der Stadt Lübeck . . . . . 297 ff.
— Dispositionsbefugnisse der Besitzer von Bauergütern, in specie in den 1802 unter Lübsche Hoheit gekommenen Dörfern . . . . . 293 ff.
— Die Illaten der Ehefrau werden dem Bauergut des Ehemanns nicht incorporirt . . . . . 300 ff.
Bauhofs-Commission, Exemtionen des Bauhofs . . 349 ff.
Bedingung. Bei bedingten Geschäften hat der Kläger die Existenz der (Suspensiv-) Bedingung darzuthun 467 ff.
Behörden. Verwaltungsbehörden sind an die Verbietungsrechte der Zünfte gebunden . . . . . 349 ff.
Beneficium nondum deducta deducendi berechtigt nicht, in dritter Instanz solche Beschwerden gegen das erste Erkenntniß aufzustellen, welche in zweiter übergangen worden . . . . . 60.
berechtigt nicht zu einer mutatio libelli in der Appellations-Instanz . . . . . 306 ff.
— novorum s. nova
Bergen und Dagdings-Auftragen . . . . . 37.
Beschwerden, Formulirung von Appellat.-Beschwerden 433.
— in zweiter Instanz übergangen, in dritter unzulässig 60.
— wider ein Beweisinterlocut durch Nachholung des aufgelegten Beweises nicht zu rechtfertigen . . . . 272.
— über verweigerte Justiz, Erforderniß vorgängiger Remonstration . . . . . 322 ff.
— einfache . . . . . 232.
— Nichtigkeits- . . . . . 221. 233 ff.
Besitzstand. Nachholung des possessorii in der Replik, bei petitorischer Fassung der Klage, ist keine mutatio, sondern erlaubte emendatio libelli . . . . . 19 ff.
— Die Vermuthung nicht geschehener Veränderung gilt nicht vom Besitzstand . . . . . 250.
— Vitiöse Handlungen können den Besitz der Freiheit von Servituten nicht begründen und der Verjährung daher nicht zum Anfangspunkt dienen . . . . . 268.
Beweis. Wer eine Urkunde für sich benutzt, muß sie auch gegen sich gelten lassen . . . . . 11.
— der Darlehns-Qualität hat der Darleiher zu führen 318 ff.
— des Eigenthums an Wegen . . . . . 378 ff.

Seite

Beweis durch Atteste des Prahmschreibers und Rathswägers . . . . . 104.
— durch Handlungsbücher . . . . 158. 428. ff. 462 ff.
— durch Schiffsjournal und Verklarung . . 281 ff. 454 ff.
— durch das referens sine relato . . . . . 187.
— durch Zeugen s. den Art. Zeugen.
— der Zahlung eines Schuldscheins durch fünf Zeugen oder durch mangelhafte Quitung und zwei Zeugen } 199.
— unsubstantiirte Behauptungen sind nicht zum Beweis zu verstellen . . . . . 315.
— Antretung hat nicht zum Zweck, eine vollständige Einsicht von dem Werth der Beweismittel zu verschaffen . . . . . 159. 482 ff.
— Artikel, in summarischen Sachen unter Umständen zulässig . . . . . 149.
— Mittel, anscheinend irrelevante sind mit zu instruiren . . . . . 260 ff.
— — Reservation derselben . . . . . 197.
— Interlocut, wird rechtskräftig mit Allem, was implicite dadurch festgestellt ist . . . . . 169 ff.
auch wenn die Definitive darin nicht ausdrücklich hinzugefügt worden . . . . . 81.
— — die Beschwerde über eine Beweis-Auflage ist nicht dadurch zu rechtfertigen, daß der geforderte Beweis in höherer Instanz beigebracht wird . . . . 272.
— Last, bei Verbietungsrechten . . . . . 180. 371 ff.
bei Reparaturstreitigkeit zwischen Grenz-Nachbarn . 358 ff.
bei qualificirtem Geständniß . 181 ff. 308 ff. 356. 446 ff.
— — trifft bei abgeläugnetem Klaggrunde zuerst den Kläger . . . . . 5. u. 6.
— — Eine in mehrern Satzschriften wiederholte Behauptung, der vom Gegner nicht widersprochen worden, gilt als zugestanden . . . . . 445.
— Verfahren, gleichzeitiges über Klage und Einreden ist nicht nothwendig . . . . . 261.
— eines See-Unfalls . . . . . }
— des Eigenthums an einem versicherten Casco . . . . . } 462 ff.
— des Werths eines Schiffs . . . . . }
— des dolus des Schiffers . . . . . }
Bona fides, kein unbedingtes oder allgemeines Erforderniß der Klagenverjährung . . . . 207. 240.
Böttcher, Gerechtsame . . . . . 166 ff.
— Gewerbe ist ein unleidliches . . . . . 422.

Seite
Brettsäger, Gerechtsame . . . . . 350.
Brautschatz s. Aussteuer.
Bürgschaft. Versprochene Wechsel-Accepte Dritter, als Bürgschafts-Versprechen . . . . . 50.
— Wirkung der Insolvenz des verheißenen Bürgen auf das Verhältniß zwischen den Hauptcontrahenten . 50.
— Intercession für eine künftig erst von einem Dritten zu contrahirende Schuld . . . . . 55.
— für Kindergelder, bei deren Gefährdung, von dem Vater zu leisten . . . . . 274 ff.
— Ein Bürge hat erst dann Ersatz-Ansprüche an den Hauptschuldner, wenn er den Creditor befriedigt hat 410.
— Der Anspruch des Bürgen auf Liberirung von der Bürgschaft involvirt nur die Befugniß, den Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers anzuhalten . 410 ff.

Casus des Untergangs einer species . . . . . 27.
— des Verderbs einer Ladung . . . . . 391 ff.
des Verlustes der Fracht . . . . . 391 ff.
— der Insolvenz eines verheißenen Bürgen . . . . 50.
Caution für Proceßkosten . . . . . 64. 189.
— — Erhöhung derselben in den obern Instanzen . 345 ff.
— — braucht der Beklagte auch als Appellant nicht zu bestellen . . . . . 274.
— judicio sisti und judicatum solvi . . . . . 192 ff.
— de restituendo . . . . . 193 ff.
— für Widerkläger ist eine cautio judicio sisti 192 ff. 346.
Cession, Einreden aus der Person des Cedenten stehen auch dem Cessionar entgegen, auf eine gegen den Ersteren gerichtete Widerklage braucht Letzterer sich nicht einzulassen . . . . . 347.
— Lex Anastasiana . . . . . 150 ff.
— von Forderungen von Seiten eines insolventen Einkaufscommittenten in Hamburg . . . . . 340.
— actio utilis, als Folge des Anspruchs auf Cession . 341.
Citation ist ein richterlicher, die vorgängige Prüfung der Competenz voraussetzender, Act . . . . . 322 ff.
— die bei dem Gerichtsdiener impetrirte Citation ist ihrer Natur nach von einer gewöhnlichen richterlichen Ladung nicht verschieden . . . . . 324 ff.
— Edictal-, gegen bekannte Gläubiger nicht zulässig . 347 ff.
Codicill, privilegirtes mündliches der Eltern vor 2 Zeugen 14.
Collision von Gesetzen . . . . . 241 ff.

Seite

Commission, Einkaufscommission . . . . 42 ff. 328 ff.
Disposition des Einkaufscommissionairs gegen Ordre Rücktritt des Committenten . . . . . 49.
Disposition des Commissionairs ohne Advis an den Committenten . . . . . 345.
Compensation illiquider mit liquiden Forderungen findet nicht Statt . . . . . 87. 184. 428 ff.
Competenz, eines Obergerichts ist durch die Competenz des judicii a quo bedingt . . . . . 136.
— des Oberrichters zur Entscheidung über die Recusation des Unterrichters . . . . . 225.
— objective Incompetenz wird durch Prorogation der Parteien nicht gehoben . . . . . 136.
— des fori extraordinarii . . . . . 322 ff.
— des fori reconventionis 51. 70. 192. 347. 428 ff. 438 ff.
— der praesides judicii . . . . . 275.
Compromiß auf nicht richterliche Personen statthaft . 141.
Concurs. Verfahren bei Inspectionen zur Vermeidung des Concurses . . . . . 33 ff.
— Frissen und Präjudicien der Proclamata . . . . 33 ff.
— Ausbruch des Concurses, von wann datirt er . . 102 ff.
— Folgen doloser Verzögerung der Insolvenzerklärung 105.
— Vindication der, vier Wochen vor Ausbruch des Concurses überlieferten, unbezahlten Güter aus der Concursmasse (Gem. Bescheid v. 9. Febr. 1803) 92 ff.
— Wirkung von Dispositionen des Cridars während jener vier Wochen . . . . . und unerlaubtes Decken und Ansichziehen . . . 407 ff.
— Darlegung der Solvenz zur Vermeidung des Concurses . . . . . 274 ff.
— Die höchst persönlichen Rechte des Cridars gehen auf die Gläubiger nicht über, und der Cridar hat in Betreff alles dessen, was nicht zur Masse gehört, legitimam personam standi in judicio . . . . 273 ff.
Condictio sine causa auf Rückgabe einer ohne Zuziehung ihres Curators von Seiten einer Frau gemachten Schenkung . . . . . 320.
— — auf Herausgabe einer Verpflichtungsurkunde . 396.
Confessi, poena conf. et convicti, trifft den Beklagten bei Unterlassung der ersten Haupthandlung 66 ff. 249.
Confiscation von Contrabande, wer trägt den Schaden? 112 ff.
Connossement. Uebersendung des Connossements ist keine Tradition der Waare . . . . . 100 ff.

Seite
Connoſſement. „Inhalt unbekannt.“ — Wirkung . 119 ff.
— Iſt der Befrachter verpflichtet, dem an der Fahrt verhinderten Schiffer die Connoſſemente zurückzuſchaffen? . . . . . 396 ff.
— an Ordre, läßt nicht auf verbotenen Inhalt des betreffenden Collo ſchließen . . . . . 115.
Conſignation, Rechnungsablage bei einem Conſignations-Geſchäft . . . . . 52 ff.
Constitutum possessorium . . . . . 338.
Contocourant, Bedingung der Compenſabilität einer beſtrittenen Contocourant-Forderung des Beklagten mit einer unbeſtrittenen des Klägers . . . . . 88.
Conto meta Geſchäft; Anſpruch des socius auf Klagen-Ceſſion, daher actio utilis . . . 332 ff. 341.
Contrabande, der Ablader muß den Schiffer von der Contrabande-Eigenſchaft der Colli in Kenntniß ſetzen . . . . . 114 ff.
— Wer ſie wiſſentlich mit ſich führt, übernimmt die Gefahr . . . . . 123 ff.
Contract. Stillſchweigende Acceptation eines inter praesentes gegebenen Verſprechens bindet . . . . 248.
— zur Umgehung fremder Zollgeſetze geſchloſſen, iſt rechtsverbindlich und klagbar . . . . . 112 ff. 265.
— exceptio non impleti contractus 183 ff. 308 ff. 356. 446.
— Nach aufgehobener Verbindlichkeit kann mit der Contractsklage auf Liberation gedrungen werden . 396.
Contraventionen gegen ausländiſche Zollgeſetze ſind keine Delicte im Inlande . . . . . 111 ff. 265.
— Anſprüche aus Contraventionen gegen Bannrechte gehören in der Regel auf den Rechtsweg . . . 249.
Corporationsrechte der Träger u. dgl. in der Regel auf die Perſon der Mitglieder beſchränkt . . . 265 ff.
Contumacia, fingirtes Geſtändniß die Strafe verſäumter Einlaſſung nach Lübſchem Recht; dagegen einfache Präcluſion bei nicht erfolgter Re- und Duplik 64 ff. 249. 469 ff.
Credit, Handel auf Credit. Wirkungen . . . . 95.
— Auch der im Handelsgebrauch übliche Credit bleibt doch immer Credit . . . . . 97.
— und gezogene Uso-Wechſel ſind keine Contantzahlung 96 ff.
Culpa von Aſſecuradeuren . . . . . 239 ff.
— des Verletzten befreit den Gegner nicht von den Folgen des dolus . . . . . 243.

Seite
Culpa. Umfang der Ersatzpflicht für culposen Schaden 242.
— Bedeutung der Regel: culpa lata gleich dolus . . 480 ff.

Dagdings-Auftragen, Bergen und Dagding . . . 37.
Darlehn. Beweis der Darlehnsqualität liegt dem Gläubiger ob . . . . . 318 ff.
Datio in solutum binnen vier Wochen vor Ausbruch des Concurses für fällige und für nicht fällige Forderungen . . . . . 409 ff.
Debit-Massen, Behandlung der Debitmassen . . 35 ff.
Deckung, unerlaubte Deckung eines Creditors . . . 407 ff.
Defensio, Unterschied von exceptio . . . . . 311.
Dienstboten, als Zeugen . . . . . 171 ff.
— Arbeitsbefugnisse der Dienstboten als Familienmitglieder 166 ff. 214. 247. 423.
— Wer diese Ausnahme von dem Zunftzwang ꝛc. in Anspruch nimmt, muß das Dienstboten-Verhältniß beweisen . . . . . 423.
— Die Regel: „wer auf Gnade dient, muß der Gnade warten" leidet auf denjenigen, welchem ein gebührender Lohn zugesichert ist, keine Anwendung . . 248 ff.
Diligentia, erforderliche diligentia in Herbeischaffung von novis . . . . . 125 ff.
Dissau. Eigenthumsverhältnisse an den Grundstücken des Dorfes Dissau . . . . . 297 ff.
— Recht zur Benutzung, namentlich zum Ausmudden des Dorfsteichs . . . . . 16 ff.
Dispache, ist sie Bedingung für die Klage aus Havarie-grosse? . . . . . 397.
Dispostion, väterliche . . . . . 6 ff.
— fähigkeit der Besitzer von Bauernhufen . . . . 298 ff.
Divisio parentum inter liberos fordert schriftlichen Aufsatz . . . . . 8. 13.
Dolus. Wirkungen doloser Verzögerung der Insolvenzerklärung . . . . . 105.
— eines Assecuradeurs 243
— eines Schiffers . . . . . 462 ff.
— Niemand darf aus seinem dolus profitiren . . . 243.
— Der Vorwurf des dolus muß gehörig substantiirt sein . . . . . 243.
— Wer ihn behauptet, muß ihn beweisen . . 467. 478 ff.
— Bedeutung der Regel: daß culpa lata dem dolus gleich gelte . . . . . 480 ff.

Seite
Domcapitel, Vergleich des Domcapitels von 1793 mit dessen Untergehörigen . . . . . 8. 16.
— s-Dörfer, Dispositionsbefugnisse der Besitzer in den Domcapitels-Dörfern . . . . . 297 ff.
Dos, s. Aussteuer.
Drechsler, Gerechtsame . . . . . 371 ff.

Edictal-Ladungen, von wem, gegen wen, mit welcher Frist und mit welchen Präjudicien sind sie zu erlassen 33 ff. 191. 347 ff.
— Caution für Proceßkosten bei Edictal-Ladungen 64 ff. 189 ff.
Edition von angezogenen Urkunden braucht nicht mit der Klage verbunden zu werden . . . . . 327.
— Antrag auf Urkunden-Edition, bedingt durch den Beweis des Besitzes . . . . . 327.
— Antrag auf Urkunden-Edition ist an keine Zeit gebunden 482 ff.
— muß auf Verlangen am Orte des Processes geschehen 428 ff.
— geschieht auf Kosten dessen, der sie fordert . 434. 482 ff.
— dem Antrage auf Edition oder Inspection der Originalien muß genügt werden . . . . . 436. 482 ff.
— Erforderniß eines Interesse auf Seiten des Antragenden 437.
Ehe. Eine Trennung der Ehe kann nicht durch Verabredung zwischen den Eheleuten geschehen . . 31 ff.
— Die Nichtigkeit des Vertrags über eine, wenn auch nur temporäre, Trennung der Ehe kann in jeder Lage des Rechtsstreits geltend gemacht werden . 32.
— Trennung wegen Haß und Feindschaft . . . . . 245.
— Beredung, Erfordernisse einer bindenden . . . 317 ff.
— — ohne Zustimmung des Curators ungültig 317 ff.
— Pacten, nach dem Rechte zu beurtheilen, unter welchem sie geschlossen . . . . . 239.
Ehefrau, hat den Wohnsitz des Ehemannes zu theilen 32.
— Erbrechte der Ehefrau . . . . . 84 ff. 293 ff.
— Bergen und Dingdingsaufträgen . . . . . 37.
Eid. Darf ein unerheblicher, wenn gleich rechtskräftig erkannter, Eid wegfallen? . . . . . 82.
— Erfüllungs-Eid . . . . . 171.
— in einem frühern Proceß über dieselbe quaestio geleistet, äußert auch in dem spätern Proceß unter denselben Parteien seine Wirkung . . . . 313 ff.
— Manifestations-Eid unter Miterben . . . . . 92.
— Erforderniß der Reservation . . . . . 196 ff.
— Perpetuität der Delation . . . . . 196 ff.

Seite
Eid, Verhorrescenz-Eid . . . . . 217.
— Der rechtskräftig formulirte darf nicht durch Zusätze verändert werden . . . . . 82 ff.
Eigenthum schließt das jus alios prohibendi per indirectum in sich . . . . . 250.
— gegen Veränderungen desselben streitet die Vermuthung 250. 472 ff.
— an Grenzscheiden und Gelinden . . . . . 357 ff.
— an Wegen . . . . . 377 ff.
— Uebergang des Eigenthums bei einem Handel auf Credit 95 ff.
— dominium utile an Leimsiederplätzen . . . . . 271.
— Ober-Eigenthum der Gutsherrschaft . . . . . 296 ff.
— Erwerb durch den Einkaufs-Commissionten . . . 337 ff.
— Die Bedeutung von Eigenthum nach dem Sprachgebrauch des gemeinen Lebens darf nicht irreleiten bei der Beurtheilung der rechtlichen Criterien . 339.
Einfuhr-Verbote, Contraventionen gegen fremde 111 ff. 265.
Einlassung. Nichtbeantwortung peremtorischer Einreden hat nicht den Verlust der Sache, sondern nur die Präclusion von Repliken zur Folge . . . . 66 ff.
— bei nicht erfolgter Beantwortung der Klage wird nach Lüb. Recht lis pro affirmative contestata angenommen . . . . . 66 ff. 249.
— nach geschehener Einlassung darf die Klage nicht geändert werden . . . . . 5. 275 ff. 307. 319.
— Auflage besserer Einlassung nach anfänglicher Verweigerung derselben ist nicht zu fordern . . . 314.
— Frist für alle dilatorischen wie peremtorischen Einreden 445.
Einrede, des dolus . . . . . 462 ff.
— libelli nimis generalis . . . . . 445.
— non impleti contractus . . 183 ff. 308 ff. 336. 446 ff.
— rei judicatae . . . . . 307 ff. 313 ff.
— das bloße Vorschützen einer zerstörlichen Einrede enthält nicht die stillschweigende Einräumung des Klaggrundes 140.
— braucht nicht gleichzeitig mit dem Klaggrunde instruirt und bewiesen zu werden . . . . . 261.
Einzeugung vor dem Rath, kein unerläßliches Requisit einer Kauffrau . . . . . 72 ff.
Erkenntniß, irrthümliche Auffassung oder Auslegung factischer Verhältnisse macht das Erkenntniß nicht null und nichtig . . . . . 81.
— Rechtskraft von Beweis-Erkenntnissen . . . 81 ff. 169 ff.
Erbe. Der instituirte Testamentserbe darf nicht theilweise antreten und theilweise ausschlagen . . . . . 304.

Seite
Erbe. Der instituirte Testamentserbe muß, der Ausschlagung unerachtet, die Legate entrichten . . . . 297 ff.
— Manifestations-Eid unter Miterben . . . . . 92.
Erbgut-Qualität einer Hufe . . . . . 293 ff.
— Versuch eines Testaments-Erben, seine Erbguts-Ansprüche durch Proclam zu verfolgen . . . . 347 ff.
Erbrecht. Statutarische Portion . . . . . 84.
— an Bauerhöfen . . . . . 295 ff.
— Transmission des testamentarischen, an eine Bedingung geknüpften Erbrechts 85
— Fortgesetzte Gütergemeinschaft unter Erben . . . 277 ff.
— Quarta Falcidia . . . . . 295 ff.
— hereditatis petitio partiaria, bezweckt die Aufnahme in das Miteigenthum an der Erbschaft zu einer ideellen Rate 369 ff.
— actio familiae herciscundae auf reelle Theilung gerichtet . . . . . 5. 91 ff. 369 ff.
— Beide Klagen können gegen die einzelnen Erben an deren Domicil angestellt werden . . . . . 369 ff.
— Subjective Klagencumulation gegen diejenigen unter mehrern Miterben, welche ein gemeinschaftliches forum haben, ist gestattet . . . . . 371.
— Irrthum des Testators macht ein Legat nicht unwirksam 295.
— Testaments-Executor s. letztwillige Verfügung.
Erbvertrag, setzt den Willen des Erblassers, sich unwiderruflich zu binden, voraus . . . . . 13.
Eventual-Maxime, Werth und Ausdehnung der Eventual-Maxime . . . . . 197. 314 ff.
Executor testam. s. letztwillige Verfügung.

Fabrikant. Ein Fabrikant darf nicht durch seine, wenn gleich in festem Dienst bei ihm stehenden, Arbeiter in das Gebiet der Zünfte, denen er nicht angehört, hinübergreifen . . . . . 167 ff.
Falcidische Quart . . . . . 295 ff.
Fangzettel-Verfahren . . . . . 262 ff.
Fideicommissum heredi praesenti injunctum, nur durch Eidesdelation erweislich . . . . . 13 ff.
Firma. Eine Handlungs-Firma darf man nicht zur Zeugin ernennen . . . . . 149.
Fischer. Gerechtsame der Travemünder, Schlutuper, Stadt- und Gothmunder Fischer . . . . . 172 ff.
Fiscus. Auch dem Fiscus gegenüber haben Privilegien Gültigkeit . . . . . 352.

Seite

Fiscus ist, wie jeder privatus, zur Anstellung von Popularklagen berechtigt . . . . . 379.
Forderungen, deren Theilung unter Erben geschieht ipso jure und kann durch die actio famil. herciso. nicht gesucht werden . . . . . 5.
Fracht-Sachen summarisch zu verhandeln . . . . 149.
Französisches Recht, Gültigkeit desselben in Lübeck und Hamburg zur Zeit der französischen Occupation 20 ff. 239.
— Bestimmungen des fr. R., in Betreff des Regresses eilig zahlenden Bürgen . . . . . 55.
— in Betreff der Pflicht zur Incassation eines Wechsels 23 ff.
Fraus. Disposition in fraudem creditorum . . . 407 ff.
Frist, sächsische und doppelte sächsische Frist . . . . 34 ff.
— des Restitutions-Gesuchs . . . . . 141 ff. 210 ff.

Gelübde, gemeine, deren Unterhaltung . . . . . 357 ff.
Gericht. Objective Incompetenz wird durch Prorogation nicht gehoben . . . . . 136.
— Zur Prorogation ist die Einwilligung des prorogirten Richters . . . . . 136.
und Gerichtsbarkeit desselben erforderlich . . . . 141.
— Ob eine conventionelle Prorogation bis zur Anrufung des prorogirten Richters bindend sei, ist zweifelhaft . . . . . 370.
— Vor einem zur Ausübung des Richteramts unbefugten Substituten des Richters vorgenommene Processhandlungen sind null und nichtig . . . . . 71.
— hat über die Frage: ob Justiz- oder Administrativ-Sache, zu entscheiden . . . . . 270.
— ist befugt, sich durch Augenschein und Sachverständige von Amtswegen zu informiren . . . . . 140.
— Incompetenz-Erklärung eines Gerichts ist keine Justizverweigerung . . . . . 140. 322 ff.
— Verfahren bei Citationen und Natur derselben . . 323 ff.
— Wesentliche Mängel des gerichtlichen Verfahrens . 229 ff.
— ist bei Besorgniß künftiger Verletzungen befugt, einem impetrirten Verbot ex officio Strafandrohungen hinzuzufügen . . . . . 244.
— Officielle Bestrafung von Contraventionen gegen Bannrechte eine Anomalie . . . . . 249.
— Bedingungen der Gültigkeit eines Niedergerichts-Erkenntnisses . . . . . 226 ff.

Seite
Gericht. Die Organisation des Niedergerichts ein Ueberbleibsel der Alt-Deutschen Gerichts-Verfassung . 226 ff.
— Recusation von Gerichtsmitgliedern . . . . . 215 ff.
— Das Obergericht ist competent zur Entscheidung über die Recusation des Unterrichters . . . . . 225 ff.
— Competenz der Gerichtsherren . . . . . 275.
— Gültigkeit der Reichskammergerichts-Proceßordnungen für Territorial-Gerichte . . . . . 211.
— persona standi in judicio eines Cridars . . . . 273.
— Litispendenz durch Anstellung der Klage und Citation der Beklagten begründet . . . . . 370.
— petitorium gehört vor den Richter, von welchem in possessorio erkannt worden ist . . . . . 370 ff.
— s. auch Competenz.
Gerichtliche Urkunden, fides derselben . . . . . 189.
Gerichtsgebrauch entscheidet nicht gegen klare Gesetze 98.
— wohl aber gegen zweifelhafte . . . . . 185.
— darf nicht zweckwidrig und dem übrigen Recht widersprechend sein . . . . . 258.
— Ein einzelnes Erkenntniß bildet keinen Gerichtsgebrauch 156.
— sondern nur aus mehreren Erkenntnissen über dieselbe Rechtsfrage kann eine Rechtsgewohnheit ersehen werden . . . . . 268.
— Entschuldbare Annahme eines Gerichtsgebrauchs ist ein Restitutionsgrund . . . . . 260.
Gerichtsstand. Auswärtiger hieselbst . . . . . 323 ff.
— forum hereditatis nicht exclusiv für die hereditatis petitio sondern auch das forum domicilii ist dafür zuständig } 368 ff.
— Gemeinschaftliches forum mehrerer Miterben rechtfertigt Klagen-Cumulation wider sie . . . . . 371.
— der Widerklage ist auch für actiones in rem competent 433.
Geständniß, qualificirtes . . . 183. 309 ff. 356. 440 ff.
Gesetze. Uebertretung fremder Zollgesetze kein Delict 112 ff. 265.
— Collision von Gesetzen . . . . . 241 ff.
Gewandschneider, Gerechtsame . . . . . 244.
Gewerbe, unleidliche . . . . . 108 ff. 215. 422.
— Das nachbarliche Verbietungsrecht gegen unleidliche Gewerbe ist nicht auf die Stadt beschränkt . 108.
— Acquisitiv-Verjährung des Rechts zu unleidlichem Gewerbe . . . . . 422.
Gewohnheit; Bedingungen ihrer Gesetzeskraft . . . 258.
— als Grund der Verjährung von Verbietungsrechten . 266.
Gnade, wer auf Gnade dient, muß der Gnade warten 249.

Seite.
Goldschmiede, Gerechtsame . . . . . 180.
Gutsherr, Verpflichtungen des Gutsherrn aus den Handlungen seines Inspectors . . . . . 138 ff.
— Gerechtsame des Gutsherrn am Boden . . . . 298.
Gütergemeinschaft. Der überlebende, in Gütergemeinschaft befindliche Ehegatte kann im Fall des Mißbrauchs zur Bürgschaft und selbst zur Theilung angehalten werden . . . . . 276 ff.

Handel, Begriff . . . . . 398 ff.
— s-Berechtigung
der Brauer . . . . . 206.
" Drechsler . . . . . 371.
" Goldschmiede . . . . . 180.
" Lichtgießer . . . . 215. 326. 398. 414.
" Lohgärber . . . . . 328.
" Schneider . . . . . 244. 272.
" Zinngießer . . . . . 269.
— Freiheit des Austritts aus Actiengesellschaften . . 247.
Handelsbücher, als Beweismittel . . . . . 158 ff.
— auf Verlangen im Original, und zwar in foro processus, zu ediren . . . . . 436 ff.
Handelsgebrauch, in Betreff von Connossementen . 100 ff.
Handels-Privilegien der vormaligen commercirenden Collegien . . . . . 398 ff.
— Sachen, summarisch zu behandeln . . . . . 149.
Handlungs-Commis, unfähiger Zeuge für und wider die Herrschaft . . . . . 236.
— stillschweigends acceptirtes Lohnversprechen an einen Handlungs-Commis bindet . . . . . 248.
Handwerkskram (Handel zünftiger Handwerker mit eigenen Arbeitserzeugnissen) ist im Zweifel nicht exclusiv . . . . . 180.
— ist eine Ausnahme von dem regelmäßigen Handelsprivilegio der Commercirenden . . . . . 398 ff.
Hausbriefe in den Landdistricten . . . . 2 ff. 298 ff.
Havarie-Fälle . . . . . 281 ff. 385 ff. 454 ff.
Heil. Geist-Hospital, Rechte des Heil. Geist-Hospitals als Gutsherrschaft . . . . . 16 ff. 297 ff.
Hereditatis petitio partiaria . . . . . 369 ff.
Holzschneide-Maschinen . . . . . 366.
Hufen, Erforderniß einer gutsherrlichen Uebertragungsurkunde . . . . . 298 ff.

Seite
Jagd, auf Strecknitz . . . . . 58 ff.
Illatenforderung besteht im Lübschen Landgebiet neben dem Altentheil . . . . . 299 ff.
Impensen, auf die Bewirthung und Beschenkung feindlicher Occupations-Beamten verwandt, sind allgemein gebräuchlich und zweckmäßig . . . . . 83.
Incasso, Pflicht des Wechselinhabers zum zeitigen Incasso, nach französischem Recht . . . . . 23 ff.
Incompetenz-Erklärung ist keine Justizverweigerung 140. 322 ff.
Iniqua, sententia . . . . . 81.
Inspectionen von Debitmassen . . . . . 33 ff.
Instanz, s. Appellation.
Institor, Verbindlichkeiten des praeponens aus den Handlungen des praepositus . . . . . 138 ff.
Instrumentum sine die et consule . . . . . 8.
Interception. Voreilige Zahlung einer vom Hauptschuldner nicht anerkannten Zahlung . . . . 55.
Interdictum, ne quid in loco publico fiat . . . 379 ff.
Interlocut, Beweis-, rechtskräftig . . . . 81. 169 ff.
Interpretation. Die erweisliche Absicht der Paciscenten geht dem Wortverstande vor . . . . . 12.
— Zweifelhafte Erklärungen der Parteien sind in dem ihnen günstigsten Sinne zu interpretiren . . . 140.
— Usual-Interpretation eines Gesetzes . . . . 15. 268.
— eines Privilegii . . . . . 268. 352 ff. 373 ff.
— Das minus ist im majus enthalten . . . . . 453.
Intestat-Erbe, der instituirte Intestat-Erbe darf nicht zum Theil antreten und zum Theil ausschlagen 304.
— kann sich der Auszahlung der Legate durch Ausschlagung nicht entziehen . . . . . 297 ff.
Irrthum in Beweggründen bei Legaten afficirt sie nicht 296.
— entschuldbarer in Ansehung eines Gerichtsgebrauchs, Restitutionsgrund . . . . . 260.
— Nicht substantieller ist kein Nichtigkeitsgrund eines Geschäfts 367.
— Ein nicht völlig entschuldbarer Irrthum ist kein Restitutionsgrund . . . . . 367.
— des Richters in der Auffassung factischer Verhältnisse macht ein Erkenntniß nicht zu einer sententia nulla, höchstens zu einer iniqua . . . . . 81.
Judicatae, exc. rei . . . . . 307 ff. 313 ff.
Justizsache. Die Frage, ob Justiz- oder Administrationssache, ist eine Rechtsfrage . . . . . 270.
Justizverweigerung . . . . . 140. 322 ff.

Seite

Kauf, auf Credit, wird angenommen, wenn die Waare tradirt, und auf den Käufer ein verhältnißmäßig langer Wechsel gezogen wird . . . . . 93 ff.

— Die actio quanti minoris wird durch den Empfang und Verkauf von Seiten des Käufers nicht verloren 51 ff. 442 ff.

— Der Käufer muß die Waare bezahlen, wenn er sie zur Genüge besehen und in seine Gewähr gebracht hat, sofern sie nicht mit geheimen Fehlern behaftet ist. Stat. Lub. III. 6, 15. . . . . 315.

— Der Käufer hat sich für die bei der Verladung durch seinen Mandatar begangene Nachlässigkeit nur an diesen zu halten. . . . . 137 ff.

— Die Verladung der Waare ist nur dann gleich der Tradition, wenn der Schiffer vom Empfänger angenommen worden. . . . . 99.

— Rechnungsablage bei einem Consignationsgeschäft . 52 ff.

— Einkaufs-Commission. Wann wird das Eigenthum dem Committenten erworben? . . . . . 337 ff.

— Das Retentionsrecht des Einkaufs-Commissionairs selbst wegen illiquider Forderungen ist durch Caution nicht zu befreitigen . . . . . 343 ff.

— Rücktritt des Committenten wegen ordnungswidriger Disposition des Commissionairs . . . . . 49 ff.

— Anderweitiger Verkauf der Waare durch den Commissionair ohne vorgängige Avertirung des Committenten . . . . . 344 ff.

— auch mit der actio empti kann die Rescission eines Kaufcontracts verlangt werden . . . . . 441 ff.

— wiefern wird durch Empfang der Waare und durch Disposition über einen Theil derselben dem Rechte auf Rescission oder Entschädigung präjudicirt? . 442 ff.

— Kann ein uno pretio gekauftes Waaren-Quantum theilweise redhibirt werden? . . . . . 443.

— Wie lange darf mit der Disapprobation einer empfangenen Waare gezögert werden? . . . . . 444 ff.

— Zur Redhibition ex aedilitio edicto sind wesentliche Mängel nicht erforderlich . . . . . 450 ff.

Kauffrau, kann gültig contrahiren, ohne von dem Rathe eingezeugt zu sein . . . . . 72 ff.

Kerzengießer, s. Lichtgießer.

Kindergelder, Sicherung derselben bei Gefährdung durch den Vater . . . . . 274 ff.

Seite

Klage. In der Anstellung der Klage liegt implicite ein Widerspruch gegen zerstörliche Einreden . . . . 67.
— Bei Beurtheilung derselben ist auf die Absicht der Partei, nicht auf die Benennung zu sehen . . . . 5.
— Cumulation der possessorischen und petitorischen . 19. 59.
— Nachholung der possessorischen in der Replik gestattet 19.
— Subjective Klagen-Cumulation gegen Miterben . . 271.
— Veränderung der Klage nach der Litiscontestation 5. 275 ff. 397. 319. 430.
— Verbesserung und Erläuterung derselben . . 19. 432.
— Der künftige Kläger kann nicht ad agendum provociren 349.
— interdictum, ne quid in loco publico fiat, eine petitorische Popularklage . . . . . 379 ff.
und nicht summarisch zu verhandeln . . . . 381.
— Geschäfte, welche die Umgehung fremder Zollgesetze bezwecken, sind klagbar . . . . . 265.
— Der Richter darf sich nicht darauf beschränken, in possessorio zu erkennen, wenn zugleich petitorisch geklagt worden . . . . . 59.
— Prov. ad agendum, s. **Provocation.**

Klaggrund, genügt es bei generellem Klaggrund zur Verurtheilung des Beklagten, wenn der Kläger das behauptete Recht während des Processes erwirbt und es ihm zur Zeit des Urtheils zusteht? . . 71 ff.
— Aussetzung der Instruction einer Einrede bis nach geführtem Beweis des Klaggrundes . . . . . 261.

Klagen-Verjährung 90. 108. 140. 206 ff. 240 ff. 267 ff. 422.
— ex prioris judicii mora entsprungene, hindert nicht an der Anstellung einer neuen Klage . . . . . 213.

Kosten, Caution für Proceßkosten, darf sie dem unfreiwilligen Kläger im Proclamationsproceß abgefordert werden? . . . . . 84. 189 ff.
— Beklagter braucht sie, auch als Appellant, nicht zu bestellen . . . . . 274.
— Erhöhung der Caution in der App.-Instanz . . . 345 ff.
— für Widerklage . . . . . 346.

Ladung, s. Citation.
Ladung, Schiffs-, s. Schiffer.
Läsion, Bedingung der Restitution . . . . . 208.
Legitimation, Activ-Legitimation eines Massevertreters 187 ff.
— eines Versicherten . . . . . 462 ff.
— Passiv-Legitimation eines Cridars . . . . . 273.

Seite

Leibzucht, nicht inscribirte steht den protocollirten Hypotheken nach . . . . . 236 ff.

Leimsieder, Dominium utile derselben an den Leimsiederplätzen . . . . . 270 ff.
Volles Eigenthum an den Buden . . . . .

Letztwillige Verfügungen. Divisio parentis inter liberos fordert schriftlichen Aufsatz . . . . . 13.
— Die Genehmigung eines letzten Willens, von Seiten der Erben vor dem Tode des Erblassers erfolgt, macht das Ungültige nicht gültig . . . . . 13.
— Erbvertrag erfordert die Absicht des Disponenten, sich unwiderruflich zu binden . . . . . 13.
— Privilegirtes Codicill der Eltern vor 2 Zeugen . . 14 ff.
— zum Beweis des legatum seu fideicommissum heredi praesenti injunctum ist die Eideszuschiebung an den Erben das einzige zulässige Mittel . . . . 13—14.
— legatum annuum, dreijährige Leistung verpflichtet zu fernerer Prästation . . . . . 15.
— Irrthum in den Beweggründen schadet den Legaten nicht 296.
— durch Ausschlagung des instituirten Intestaterben werden die Legate nicht afficirt . . . . . 297. 304.
— über Erbgut . . . . . 293 ff. 347 ff.
— eines Gutsbauern, Erforderniß gutsherrlichen Consenses 295 ff.
— executor testamenti, der rechte Gegner des Erbgutsvindicanten . . . . . 348 ff.
Lex Anastasiana . . . . . 150 ff.
Lichtgießer und Talgschmelzer, Gerechtsame 215 ff. 326 ff. 398 ff. 414 ff.
Liquide, Compensation liquider Forderungen mit illiquiden 87. 184. 428 ff.
Lis, „pendente lite nihil innovandum.“ Bedeutung dieser Regel bei generellem Klaggrunde . . . . . 71 ff.
— wird durch eine nichtige Klage nicht pendent . . . 71.
— durch Anstellung der Klage und Citation des Beklagten anhängig . . . . . 370.
Litisconsortium unter Miterben . . . . 371.
Litiscontestatio, s. Einlassung.
Lohgärber, Gerechtsame . . . . . 328.
Lübsches Recht, Gültigkeit im Landgebiet . . . . 297 ff.

Maler, Gerechtsame . . . . . 423.
Mandat. Anspruch auf Schadensersatz wegen schlechter Ausführung des Geschäfts . . . . . 51 ff.

Seite
Mandats-Klage bei einem Consignationsgeschäft . . 54.
— Voreilige Zahlung des Mandatars . . . . . 54.
— Regreß des Mandator . . . . . 54.
— Der Mandatar des Destinatairs verantwortlich für Nichtanzeige des Abgangs der von ersterem verladenen Waare . . . . . 137.
— Vor erfülltem Zahlungsmandat kein Ersatzanspruch an den Mandanten . . . . . 411.
— mandati actio utilis des Cessionars . . . . . 341.
Mängel einer Sache sind von dem, der sie hingibt, dem Empfänger anzuzeigen . . . . . 114 ff.
— die der Empfänger kennt, brauchen ihm nicht angezeigt zu werden . . . . . 123.
— heimliche, nach Empfang der Waare entdeckte 315. 438 ff.
Manifestationseid unter Miterben . . . . . 92.
Maschinen. Das begründete Verbietungsrecht von Corporationen trifft auch die Arbeit durch Maschinen 366.
Metus subornationis, s. Zeugen . . . . . 130.
Miethe, Dienst-Miethe, mündliches Versprechen von Lohn an einen Handlungsfactor, auch ohne ausdrückliche Acceptation, bindend . . . . . 248.
— s. Dienstboten.
Mobilienhändler, Nichtbefugniß zum Abladen durch seine Leute . . . . . 214.
Mutatio libelli, s. Klage.

Nachbar, Verbietungsrecht gegen unleidliche Gewerbe 198 ff. 215.
— auch außerhalb der Stadtthore zuständig . . . . . 108 ff.
— — gegen Bau-Einrichtungen . . . . . 267 ff.
— Verjährung d. nachbarlichen Widerspruchsrechts 140. 266. 422.
— Derselben steht Stat. III. 12. 12. nicht entgegen . . 422.
— Unterhaltung von Grenzscheiden zwischen Nachbarn . 357 ff.
Negotiorum gestio eines Schiffers für die Ladungsinteressenten . . . . . 387 ff.
— wider den Willen des dadurch zu Verpflichtenden gibt keine Rechte . . . . . 388.
Notification, Unterschied von Proclam . . . . . 35 ff.
Nothfristen, Restitution wider, s. Restitution.
Nothhafen. Im Nothhafen ist der Schiffer berechtigt und verpflichtet, für das Beste der Ladung zu sorgen 385 ff.
Notorietät von Thatsachen überhebt des Beweises . 281.
Nova, Beneficium novorum 259 ff. 306. 315. 366. 383 ff. 429. 479 ff.

Seite
Nova, benef. nov. darf zu keiner mutatio libelli führen 306 ff.
— noch auch zu einer neuen defensio . . . . . 315.
— Erläuterung einer Einrede in der Appellations-Instanz 479 ff.
— juramentum novorum . . . . . 127.
nach § 73 des J. R. A. und nach § 131 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung . . . . 421.
— Die Beibringung später zugänglich gewordener öffentlicher Urkunden ist nicht, wie die Abhörung neuer Zeugen, nach Eröffnung des rotulus, durch metus subornationis ausgeschlossen . . . . . 130.
— Reformation auf Grund von novis findet in der Appellationsinstanz selber nicht Statt (§ 132 der Gerichts-Ordnung) . . . . . 135. 383 ff. 420.
— Befugniß zu neuem Vorbringen ist kein eigenes Rechtsmittel . . . . . 132.
— neu aufgefundene Zeugen . . . 164 ff. 259 ff. 258 ff.
Nullität, Irrthum des Richters in facto macht ein Urtheil zu einer sent. iniqua, nicht nulla . . . 81.
— Irrthum über die Güte eines Gegenstandes annullirt nicht das Geschäft . . . . . 367.
— s. Querel ist nur auf formelle Puncte zu basiren . 224.
— — nicht zulässig wegen einer unrichtigen Beurtheilung der Sache . . . . . 233.
— — kann nicht beim Ober-Appellations-Gericht unmittelbar gegen Erkenntnisse des Untergerichts angebracht werden 233.

Pachtcontract. Interpretation eines Pachtcontracts. 181 ff.
Pareri-Anträge, zweifelhafte sind in dem günstigsten Sinne zu nehmen . . . . . 149.
Personales constitutiones sind nicht minder verbindlich als leges edictales . . . . . 352.
Petitorium und possessorium, s. Klage.
Poena convicti et confessi . . . . . 66 ff. 249.
Pollicitatio incerta bei operis locatis conductis klagbar 248.
Possessor fictus, qui possidere desiit . . . . . 335 ff.
Possessorium constitutum . . . . . 338.
Präclusion der Replik ꝛc. . . . . 66 ff. 249.
Präjudicat, ein einzelnes bildet keinen Gerichtsgebrauch 156. 268.
Privilegien. Auch bei Privilegien sind allgemeine Worte in allgemeinem Sinn zu verstehen . 268. 352 ff.
— jedoch unter Berücksichtigung der besondern Verhältnisse . . . . . 373 ff.

Seite

Privilegien geben im ganzen Umfang des Staats, der sie verliehen, Anspruch auf richterlichen Schutz gegen jeden Eingriff (actio confessoria) . . . 326.
— sind in dubio auch für die Bewohner neu acquirirter Landestheile verbindlich . . . . . 328.
— Die frühere Wette nicht befugt zur Ertheilung von . 366 ff.
Proceß. confusio processus . . . . . 59.
— Gleichzeitige Verhandlung oder Beweisinstruction über Klaggrund und Einreden nicht erforderlich . . . 261.
— Reichskammergerichts-Proceß-Normen verbindlich für Territorial-Gerichte . . . . . 211.
— Wesentliche Mängel des Proceßverfahrens . . 221. 229 ff.
— Kosten, s. Caution.
Proclamata, Fristen und Präjudicien dabei . 34 ff. 191.
Proclamationsproceß. Darf im Proclamations-proceß Kostencaution gefordert werden? . 64 ff. 189 ff.
Prorogatio fori hebt nicht die objective Incompetenz des Gerichts auf . . . . . 136.
— fordert die Einwilligung des Richters . . . . . 136.
— setzt die Gerichtsbarkeit voraus . . . . . 141.
Protest, s. Wechsel.
Protocollation, s. Leibzucht.
Provocatio ad agendum in Edictalladungen darf nicht zu willkührlicher Abkürzung der Verjährungsfrist gemißbraucht werden . . . . . 38.
— ist demjenigen nicht gestattet, der kein Recht hat, die Rolle des Beklagten für sich zu fordern . . . 349.
— ex lege diffamari . . . . . 173 ff.
— ist kein subsidiaires Rechtsmittel . . . . . 175 ff.

Quarta Falcidia . . . . . 293 ff.
Querel, s. Nullität.
Quitung, Ergänzung mangelhafter Quitung durch Zeugen einem Schuldschein gegenüber . . . . 199.
— Schützt die Quitung eines Erben über den Empfang seines Erbantheils gegen spätere Anforderungen desselben auf Edition der Erbschaftspapiere? . . 428 ff.

Rademacher, Gerechtsame . . . . . 349.
Reallasten sind kein theilweiser Eigenthumsvorbehalt und bedürfen der Inscription, um nicht durch protocollirte Hypotheken ausgeschlossen zu werden . 236 ff.
Receives, statt förmlicher Connossemente, pflegen über Contrebande-Waaren ertheilt zu werden . . . 115 ff.

Seite
Rechnungsablage über eine Erbschaft . . . . 428 ff.
Rechtskraft von Beweisinterlocuten . . . . 81 ff. 169 ff.
— eines Vorbescheides . . . . . 6.
Rechtsmittel, gegen Bescheide, die der Rechtskraft fähig, stehen nur eigentliche Rechtsmittel zu . 232.
— s. Appellation, Beschwerde, Nullitätsquerel.
Rechtssache. Die Frage, ob Justiz- oder Administrativ-Sache, ist eine Rechtssache und gehört vor die Gerichte 270.
Reconventio, s. Widerklage.
Recusation von Richtern . . . . . 215 ff.
Reformatio in pejus . . . . . 51.
— die durch eigene Erklärungen des Appellanten hervorgerufene, ihm nachtheilige, Abänderung in appellatorio ist keine reformatio in pejus. . . . . 293.
Replik, Präclusion der Replik Folge der Nichtbeantwortung der Einreden . . . . . 66 ff. 249.
Reservation von Beweismitteln . . . . 196 ff. 254 ff.
— von Competentien im Urtheil zur Vorbeugung einer exc rei judicatae . . . . . 307.
Restitution eines Majorennen ist ausgeschlossen, wenn demselben irgend eine Nachlässigkeit zur Last fällt 62 ff. 133. 142. 207 ff. 367.
— ex rationabili causa . . . . . 213.
— ex clausula generali . . . . . 132 ff. 142.
— ex capite minorennitatis . . . . . 131 ff.
— ex capite novorum . . . . . 133.
— Wiederholte Restitutions-Gesuche ex novis defensionibus 208.
— ex culpa advocati . . . . . 62 ff. 142. 209 ff.
— ex culpa mandatarii nicht statthaft . . . . . 133.
— wegen entschuldbaren Irrthums über einen Gerichtsgebrauch . . . . . 260.
— ob conditionem rustici . . . . . 63.
— Unkunde der Gesetze kein Restitutionsgrund . . . 63.
— contra rem judicatam . . . . . 134.
— Frist des Restitutions-Gesuchs . . . . 141 ff. 207 ff.
Retentionsrecht des Einkaufscommissionairs . . . 343 ff.
Revision. Rechtsmittel der Revision und Gegenrevision 17. 18.
Rheder. Verantwortlichkeit des Rhe ders für ihm bekannte Mängel einer verladenen Waare . . . 123.
Richter, s. Gericht.

Salarium incertae pollicitationis . . . . . 248.
Schaden. Der Ersatz des injuria magistratus erlittenen Schadens kann einem Dritten nicht angesonnen werden 122.

Seite
Scheide. Recht zur Benutzung und Pflicht zur Unterhaltung einer gemeinschaftlichen Scheide . . . 357 ff.
Schenkung eines Verlobten, der die Ehe weigert, verfällt 320.
Schiff. Abgang eines Schiffs ohne Anzeige an den Destinatair der Ladung . . . . . 137.
— Anzeige vom Abgang des Schiffs, Pflicht des Versicherten . . . . . 281 ff. 462 ff.
— Beweis des Eigenthums, des Werths eines Schiffes ꝛc. 462 ff.
Schiffer, verantwortlich für die Folgen ihm bekannter Mängel der verladenen Waare . . . . . 114 ff.
— als (per Ordre) Versicherter . . . . . 281 ff.
— Nothwendigkeit eines Connossements über versichertes Schiffergut . . . . . 288.
— als negotiorum gestor für den Befrachter und die Ladungsinteressenten . . . . . 385 ff.
— Nothwendige und nützliche Impensen auf d. Conservation der Ladung mit der Contractsklage zurückzufordern 389.
— hat sich wegen der Fracht in der Regel zunächst an den Destinatair zu halten . . . . . 391 ff.
— Die Fracht cessirt, wenn die Reise durch einen das Schiff betreffenden Zufall unvollendet blieb . . 391 ff.
— Für Güter, die an dem Bestimmungsorte abgeliefert, aber ohne Schuld des Schiffers verdorben sind, erhält er volle Fracht . . . . . 394 ff.
— für geborgene Güter, im Fall der Havarie, die halbe Fracht 394.
— für die im Schiffbruch untergegangenen oder im verdorbenen Zustande geborgenen, keine Fracht . . 395.
— Schadensersatzpflicht des Schiffers für accordwidrig im Schiffsraum statt in der Cajüte verladene Güter 142 ff.
— Dolus eines Schiffers . . . . . 462.
Schiffsjournal, Wichtigkeit deſſelben als Beweismittels 281 ff. 462 ff.
Schmiede, Gerechtsame . . . . . 107.
Schmuggeln ins Ausland . . . . . 111 ff. 264 ff.
Schneider, Gerechtsame . . . . . 244 ff. 272 ff.
Schuldschein. Was gehört zum Beweis der Zahlung einem Schuldschein gegenüber? . . . . . 192.
See-Affecuranz-Fälle . . . . . 281 ff. 454 ff.
Seife, Handel mit Seife . . . . . 398.
Servituten, Aufhebung von Wege- und Fußsteigs-Servituten durch Verkoppelungen . . . . 200 ff.
— Verjährung von städtischen Prädial-Servituten . 267 ff.
Slutup, Fischer-Gerechtsame . . . . . 172 ff.

Seite
Slutuyp, Gerechtsame des Papiermüllers zum Lumpensammeln 61 ff.
Spediteur, Verpflichtungen des Spediteurs aus dem Frachtcontract . . . . . 116 ff. 385 ff.
Staat. Eine Behörde hat nicht die Rechte des Staats 351.
Statutarische Portion . . . . . 84. 302.
Stillschweigen, qui tacet, non utique fatetur . . 67.
— de Annahme eines Versprechens . . . . . 248.
— des Eingeständniß einer wiederholten Behauptung des Proceßgegners . . . . . 445.
Strafandrohung zur Aufrechthaltung eines richterlichen Verbots . . . . . 244.
Strecknitz, Jagdgerechtsame auf . . . . . 56 ff.
Subsidiair, die Provocation ad agendum kein subsidiaires Rechtsmittel . . . . . 175 ff.
Suspensiv-Effect einer Appellation, darüber hat zunächst das Untergericht zu erkennen . . . . 262 ff.
— Die Versagung muß ausdrücklich geschehen . . . 264.

Talg-Auflagerung eines Handwerkers, unleidliches Gewerbe . . . . . 215.
Territorial-Nexus, Einfluß der Veränderung des Territorial-Nexus auf die Rechte der Unterthanen . . 328.
Testament, Testator, s. letztwillige Verfügung.
Tischler, Gerechtsame . . . . . 106.
Tractaten. Zurückversetzung eines Vertrags in den Zustand von Tractaten . . . . . 50.
Tradition. Die Verladung der Waare in ein vom Empfänger angenommenes Schiff gilt der Ablieferung gleich 99.
— symbolische Tradition durch Einsendung des Connossements läßt sich nicht behaupten . . . . . 100.
— an den Käufer, Bedingung des Eigenthumserwerbs 337 ff.
Trassant, Tratte, s. Wechsel.
Träger-Corporationen keine Zünfte . . . . . 265 ff.
Travemünde. Gerechtsame der Fischer . . . . 172 ff.
— Privilegium des Slutuper Papiermüllers zum Lumpensammeln in Travemünde . . . . . 61 ff.

Ungehorsam, s. contumacia.
Unterhaltung von Grenzscheiden . . . . . 357 ff.
Urtheil, s. Appellation, Gericht, Nullität.
Urkunden, Werth des referens sine relato . . . 187.
— in der Klage angezogene, brauchen nicht mit derselben übergeben zu werden . . . . . 327.

Seite
Urkunden, Antrag auf Edition von Urkunden fordert die Behauptung des Besitzes . . . . . 327.
— Erbschaftspapiere documenta communia der Erben . 434.
— sind im Original . . . . . 436. 482 ff.
— in foro processus . . . . . 434. 482 ff.
— auf Kosten des Antragenden . . . . . 434. 482 ff. zu ediren.
Usual-Interpretation, s. Gerichtsgebrauch.

Vergleich. Ungültigkeit des nicht gerichtlich bestätigten Vergleichs über letztwillig verordnete Alimente . . 12.
Verjährung des nachbarlichen Widerspruchsrechts gegen Bau-Anlagen ꝛc. und unleidliche Gewerbe 106. 140. 267. 422.
— bona fides des Bauenden ist dazu nicht erforderlich 140.
— des Anspruchs auf ausgelobte Aussteuer . . . . 90.
— Acquisitiv-Verjährung eines Lehns . . . . . 271.
— — zum Beginn der Ersitzung der Freiheit von Prädial-Servituten gehört eine Handlung, und zwar eine nicht vitiöse des Ersitzenden . . . . . 268.
— Extinctiv-Verjährung gegen Bannrechte . . . . 206.
— — gegen Verbietungsrechte . . . . . 266 ff.
— von Assecuranz-Forderungen . . . . . 239 ff.
— Zur Klagenverjährung wird auch jetzt noch bona fides keineswegs überall, sondern nur auf Seiten des Besitzers einer fremden Sache, dem Vindicanten gegenüber, erfordert . . . . . 207. 240.
— ex prioris judicii mora entsprungene Verjährung hindert nicht die Anstellung einer neuen Klage . . 213.
— Das Recht zur Benutzung öffentlicher Wege wird durch Nichtgebrauch nicht verloren . . . . . 383.
— Begründung einer via publica durch unvordenkliche Verjährung . . . . . 381 ff.
Verklarung. Werth derselben, insonderheit nach Untergang der Schiffsdocumente . . . . 281 ff. 462 ff.
— Nachverklarung . . . . . 462 ff.
Verkoppelungen, Zweck und Rechtsverhältnisse bei Verkoppelungen . . . . . 200 ff.
Verladung. Auftrag des Käufers zur Verladung; welche Wirkungen hat er? . . . . . 99 ff. 136 ff.
Versprechen. Ein inter praesentes gegebenes Lohnversprechen gilt als angenommen, wenn es nicht ausdrücklich zurückgewiesen worden . . . . . 248.

Seite
Verzicht, auf Levirung von Wechselprotesten . . . 254.
— Verzichte haben die Vermuthung gegen sich . . . 307.
— enthält die Quitung eines Erben für seinen Erbantheil den Verzicht auf Edition der Erbschaftspapiere? . 428 ff.
Verzug in der Zahlung von Seiten des Einkaufs-Committenten, Wirkungen . . . . . 333 ff.
— mora prioris judicis hindert die Wirkungen der Klagenverjährung . . . . . 213.
— mora accipiendi nach franz. Recht . . . . 26—28.
Verzugszinsen. Anfang des Laufs derselben . . 182 ff.
Via publica, vicinalis, privata, Begriffe . . . . 377 ff.
— ist als res extra commercium nicht Gegenstand des Besitzes, sondern nur des Gebrauchs . . . . 381.
— kann durch unvordenkliche Verjährung aus einem Privat-Grundstück entstehen . . . . . 381 ff.
— das Recht auf den Gebrauch geht nicht durch Nichtbenutzung verloren . . . . . 383.
— interd. ne quid in loco publ. fiat eine petitorische Popularklage . . . . . 377 ff.
Vindication, aus einer Concursmasse . . 92 ff. 407 ff.
— gekaufter Waaren von Seiten eines Einkaufscommittenten . . . . . 337 ff.
— utilis . . . . . 341.

Wagenlader. Gerechtsame . . . . . 214.
Wechsel. Pflicht des Acceptanten eines domicilirten Wechsels, für Deckung und Zahlung im Domicil zu sorgen, insonderheit nach französ. Recht . . . 25.
— Unverschuldeter Verlust der Deckung eines domicilirten Wechsels; welchen Einfluß hat er? . . . . . 27.
— Pflicht des Inhabers zur zeitigen Präsentation des Wechsels, nach franz. Recht . . . . . 23 ff.
— Unterbrechung des regulairen Postenlaufs in Kriegszeiten genügt nicht zum Beweise der Unmöglichkeit der Präsentation eines Wechsels im Domicil . . 29.
— Protest Mangels Zahlung . . . . . 26.
— Verzicht des Regreßpflichtigen auf die Levirung des Protestes . . . . . 254.
— als medium der Tilgung einer bestehenden Schuld oder als selbstständige Obligation, für welches von Beiden streitet die Vermuthung? . . . . . 199.
— Wann liegt in dem Ziehen eines Wechsels ein indicium des Verkaufs auf Credit . . . . . 95 ff.

Seite
Wechsel. Uso-Wechsel zwischen Schweden und Hamburg 97 ff.
— Ziehung eines Uso-Wechsels ist nicht Contantzahlung 98 ff.
Wege, Begriff öffentlicher und
— Privat-Wege } 377 ff.
— gerechtigkeiten (serv. viae et itineris), Regulirung von Wegen bei Verkoppelungen . . . . . 200 ff.
Wette, die frühere Wette nicht befugt zur Ertheilung von Privilegien . . . . . 366.
Widerklage, ist im Proclamationsproceß nicht ausgeschlossen . . . . . 79. 192 ff.
— Nach L. R. braucht sich der Kläger nicht darauf einzulassen, bevor er in der eingeklagten Sache „mit Recht geschieden" worden . . . . . 86 ff.
— Kosten-Caution für Widerklage . . . . . 192 ff.
— „wegen schlechter Lieferung" nach Empfang und Verkauf der Waare . . . . . 46. 51.
— auf eine gegen den Cedenten gerichtete Widerklage des debitor cessus braucht sich der Cessionar nicht einzulassen . . . . . 347.
— Das Forum der Widerklage auch für actiones in rem competent . . . . . 128 ff.

Zeugen, die bekannten müssen alle innerhalb der Beweisfrist auf einmal benannt werden (Gem. B. v. 6. Febr. 1756) . . . . . 254 ff.
— die neu aufgefundenen brauchen nicht vorbehalten zu sein 164.
— nach eröffnetem rotulus dürfen keine neuen Zeugen über dieselben oder gerade entgegengesetzten Artikel abgehört werden . . . . . 250 ff.
— Meinungen und Urtheile können nicht Gegenstand eines Zeugen-Beweises sein . . . . . 148.
— Ein Zeuge, der in Rathen und Thaten gewesen ist oder Part und Theil an der Sache hat, ist inhabil 143 ff. 157 ff. 171 ff. 254.
— Der Aussteller eines Wechsels als Zeuge für den Indossatar . . . . . 254.
— Ein Handlungs-Commis als Zeuge für oder wider seinen Herrn . . . . . 235 ff.
— Der für die eine Partei interessirte Zeuge kann von dem Gegner für sich producirt werden . . . . . 157.
— Indossant oder Cedent als Zeuge für den Cessionar 157 ff.
— Eine Handlungs-Firma darf nicht als Zeuge denominirt werden . . . . . 149.

Seite

Zeugen. Irrelevante Beweis-Artikel . . . . . 260 ff.
Zimmerleute. Schiffs- und Haus-Zimmerleute, Gerechtsame . . . . . 106 ff. 366.
— Haus- . . . . . 267.
— Schiffs- . . . . . 107 ff.
Zinngießer. Gerechtsame . . . . . 269.
Zollgesetze, Contraventionen gegen fremde kein Delict 111 ff. 265.
Zünfte. Zunftzwang, Zunftgerechtsame oder Corporationsrechte und Streitigkeiten
der Bergenfahrer . . . . . 140.
" Böttcher . . . . . 166.
" Brauer . . . . . 206.
" Brettsäger . . . . . 365.
" Drechsler . . . . . 371.
" Fischer . . . . . 172.
" Gemeinträger . . . . . 231.
" Gewandschneider-Compagnie . . . 173. 207.
" Goldschmiede . . . . . 180.
" Heringspacker . . . . . 140.
" Lichtgießer . . . . . 215. 326. 398. 414.
" Lohgärber . . . . . 328.
" Maler . . . . . 423.
" Rademacher . . . . . 349.
" Schneider . . . . . 244. 273.
" Steinbrücker . . . . . 246.
" Tuchmacher . . . . . 207.
" Wagenlader . . . . . 214 ff.
" Zimmerleute . . . . 106. 107. 267. 366.
" Zinngießer . . . . . 269.

Berichtigungen.

S. 120 Z. 8 v. o. zerstörlichen statt persönlichen.
= 214 = 9 = = nach den Worten u. drgl. einzuschalten „üblichen Verfahren"
= 238 = 1 u. 2 v. o. unter die — Forderungen — statt unter den.
= 272 = 6 v. o. l. 1829 statt 1855.
= 349 = 14 = = Beklagten statt Klägers.

I. (3.)

Evers contra Evers.

Der im Jahre 1800 verstorbene Hufner Claus Evers zu Gneversdorf, einem ehemaligen Domcapitelsdorf im sogenannten Travemünder Winkel, hinterließ außer seiner Hufnerstelle ein beträchtliches Vermögen an Obligationen und Baarschaften und als einzige Erben zwei Söhne:

1) Claus Christian Evers zu Rönnau

und

2) Jochim Hinr. Evers zu Gneversdorf,

sowie seine Wittwe, die leibliche Mutter dieser Söhne. Nach dem Tode der Mutter und des jüngern, zweiten Sohnes, welcher die Hufe erhalten, klagte gegen dessen Sohn und Besitznachfolger der obgedachte Claus Christian Evers im Jahre 1818 beim hiesigen Landgericht auf Rechnungsablage und Erbtheilung, indem er anführte:

Sein verstorbener Vater habe ihn auf dem Todbette gefragt, ob er die Stelle (Hufe) haben oder sonst abgefunden sein wolle? und als Kläger abgelehnt, habe der Vater ihm, unter dem Bemerken, daß also der jüngere Sohn die Hufe haben solle, 36,000 ℳ in Obligationen gegeben und dabei verordnet:

1) daß aus den vorräthigen Baarschaften das Haus ganz neu gebaut werden,

2) Kläger darin das beste Zimmer, freien Unterhalt von der Stelle, auch ein Pferd zum Gebrauch haben,

3) wenn er sich aber nicht mit seinem Bruder vertragen könne, den Altentheils-Kathen beziehen und für das Uebrige von der Stelle entschädigt werden solle.

Während der Lebzeit der Mutter, die noch 7 Jahre gelebt, wären sie in Gemeinschaft geblieben, und des Klägers Bruder habe die Casse geführt, in welche auch die Zinsen von des Klägers Geldern, ja selbst 3000 ℔ von den Kaufgeldern für eine von Kläger verkaufte Stelle zu Scharbeutz geflossen wären. Dieser Zustand habe auch nach der Mutter Tode und nach der Verheirathung des Bruders bis zum December 1813, wo letzterer um's Leben gekommen, fortgedauert.

Als dessen Wittwe sich wieder verheirathet, sei zwischen ihr und den Vormündern ihres Kindes ein Theilungs-Receß errichtet worden, von welchem Kläger eine unbeglaubigte Abschrift angelegt hatte und wornach an Obligationen 66,799 ℔ 8 ß zwischen denselben zur Theilung gekommen.

An diese machte Kläger Anspruch, denn — führte er an — der Nachlaß beider Eltern des Klägers sei zwischen ihm und seinem Bruder noch ungetheilt, indem letzterer nur noch die Hufe und dagegen Kläger 36,000 ℔ in Obligationen erhalten habe. Der Bruder habe nach des Vaters Tode alle Obligationen desselben an sich und in Besitz genommen, auch die Cassenführung übernommen. Dem Kläger müsse daher annoch die Hälfte jener Obligationen aus der Casse zu Theil werden, weshalb die Beklagten (Vormünder für seines Bruders Sohn) schuldig, dem Kläger darüber Rechnung abzulegen und Erbtheilung mit ihm zu halten.

Der Klage angelegt war überdies eine Copie des später im Original edirten Hausbriefes des verstorbenen Vaters des beklagten Mündels, in dessen Eingange es heißt:

„Demnach der Hufner Claus Evers zu Gneversdorf mit „Hinterlassung zweier Söhne verstorben und dessen hinterlassene „Wittwe mit den erwähnten Söhnen sich dahin vereinbart, daß „der jüngste Sohn die Hufe antreten solle, derselbe auch um „die Ertheilung eines Hausbriefes geziemend gebeten, so ist „diesem Gesuche Statt gegeben worden.

„1) Da beide Brüder dahin übereingekommen sind, daß „der ältere Bruder Claus Christian aus den vorhandenen „Baarschaften und belegten Geldern seine völlige Abfindung „erhalten solle, so ist festgesetzt, daß der Annehmer dem er„wähnten ältern Bruder aus der Stelle gar Nichts be„zahlt und herausgiebt. Diesem gemäß ist die Stelle nicht „taxirt worden."

Das Petitum der als actio familiae herciscundae bezeichneten Klage ging in der Hauptsache dahin,

daß Beklagter von den in dem Theilungsreceß angeführten 66,799 ℔ 8 ß betragenden Obligationen Rechnung abzulegen und dem Kläger den ihm zukommenden Erbtheil mit Verzügszinsen und den Kosten auszukehren schuldig.

Nachdem hierauf wegen mangelhafter Einlassung des Beklagten unterm 6. Febr. 1818 der Vorbescheid ergangen und in appellatorio in einem von der Juristenfacultät zu Halle eingeholten Erkenntniß bestätigt worden war:

„daß sich Beklagter darauf, ob die Erbtheilung mit seinem verstorbenen Vater, als Besitzer des erwähnten Nachlasses, bereits Statt gefunden, besser als geschehen, bei Verlust der Sache einzulassen schuldig,"

contestirte Beklagter per tutores litem negative und läugnete namentlich die Existenz einer letztwilligen Disposition des Claus Evers, sowie ferner die Thatsache, daß sein Vater, J. H. Evers, des Vaters gesammten Nachlaß an sich genommen, Zinsen davon erhoben und sich beigelegt habe, wobei er zugleich behauptete, daß Kläger schon 1793 mit einem ansehnlichen Capital ausgesteuert und daß später eine zweite erhebliche Zahlung an ihn geleistet worden, sowie endlich, daß nach des Vaters, Claus Evers, Tode die behufige Auseinandersetzung unter den Brüdern Statt gefunden habe.

Nach vernommener Re- und Duplik, worin die Parteien die obigen Behauptungen wiederholen, legte das Landgericht mittelst Erkenntnisses vom 28. Juli 1820 dem

Beklagten den Beweis seiner Behauptung auf, daß die von dem Kläger begehrte Erbtheilung des väterlichen Nach-

lasses mit dem verstorbenen Vater des Beklagten bereits Statt gefunden, dem Kläger den Gegenbeweis vorbehältlich, und zwar aus den hinzugefügten Gründen:

weil nach Inhalt des Hausbriefes der Kläger seine Abfindung von der väterlichen Verlassenschaft aus den vorhandenen Baarschaften und belegten Geldern erhalten solle und Beklagter auf die Klage sich mit der Behauptung eingelassen, daß zwischen dem Vater des Beklagten und dem Kläger nach dem Tode ihres beiderseitigen Vaters und Erblassers Claus Evers jene Abfindung Statt gefunden, Kläger aber solche Thatsache in Abrede stelle.

Dieses Erkenntniß wurde auf die dawider von Seiten des Beklagten ergriffene Appellation in zweiter Instanz unterm 4. Januar 1821 und in dritter unterm 15. Mai 1821 bei Verurtheilung des Appellanten in sämmtliche Kosten bestätigt.

Das Obergericht ging dabei, außer den landgerichtlichen Gründen, von folgenden Betrachtungen aus:

„durch das rechtskräftige Erkenntniß vom 6. Febr. 1818 „sei bereits festgesetzt, daß der Punkt, ob die vom Kläger in „Anspruch genommene Erbtheilung in Ansehung des fraglichen „Nachlasses Statt gefunden, zunächst und wesentlich zu berück„sichtigen sei. Kläger habe seine Klage und Replik auf den „urschriftlich zu den Acten gekommenen Hausbrief allerdings „mit gebaut; endlich seien die Verhältnisse, wodurch die Erb„theilungsklage begründet werde, vom Beklagten an und für „sich anerkannt und komme es auf andere abgeläugnete Punkte „entweder überall nicht oder zur Zeit nicht an."

In den Entscheidungsgründen des Ober-Appellations-Gerichts ist gesagt: „Appellat hat das Petitum seiner Klage darauf gerichtet, daß Beklagter von den zu 66,799 ℔ 8 ß angegebenen Obligationen Rechnung ablegen und ihm den ihm zukommenden Erbtheil mit Zinsen des Verzugs auskehren solle.

Er hat in der Klage behauptet, beklagtischer Erblasser habe die Obligationen aus dem väterlichen Nachlasse an sich genommen und verwaltet und hiedurch die Verbindlichkeit des Beklagten zur Rechnungsablage zu begründen gesucht. Es geht

aus der ursprünglichen Klage und aus der ersten Replikschrift hervor, daß Klägers Absicht nicht darauf gerichtet gewesen, über den Gesammtnachlaß des Vaters einschließlich der Stelle zu Gneversdorf und der seinerseits empfangenen 36,000 ℔ Erbtheilung zu pflegen; sondern nur, daß Beklagter von den angeblich verwalteten Obligationen Rechnung ablegen und ihm, Kläger, hievon den ihm gebührenden Theil auskehren solle. In der hauptsächlichen Replik und den nachmaligen Verhandlungen ist zwar bestimmt die Erbtheilungsklage zum Grunde gelegt, es ist jedoch darauf um deswillen, weil nach Lübschem Rechte nach der Litiscontestation die Klage nicht verändert werden mag, keine Rücksicht zu nehmen.

Stat. Lub. lib. V. tit. III. art. 1.

Da nun die actio familiae herciscundae auf Theilung des ganzen Nachlasses geht,

l. 25 § 1 und § 20 D. fam herc.

die Theilung der ipso jure getheilten nomina aber durch die actio familiae herciscundae nicht gesucht werden kann,

l. 4 pr. l. 2 § 5 D. l. 6 Cod. fam. herc.

so folgt hieraus, daß die von dem Appellanten angestellte Klage keineswegs die actio familiae herciscundae ist, wiewohl sein Sachwalter sich dieser Benennung bedient hat.

In Betracht, daß der Richter bei Beurtheilung der Klage auf die eigentliche Absicht der Partei zu sehen verpflichtet ist,

c. 6 X. de judiciis

und Appellat in vorliegender Sache den Grund seiner Klage in ein behauptetes Obligationen-Verhältniß des beklagtischen Erblassers, daß nämlich derselbe die gedachten Documente an sich genommen, die Verwaltung und die gemeinschaftliche Casse geführt hätte, gesetzt hat, von Seiten Beklagtens aber dieses factische Verhältniß geleugnet und nur pro informatione, nicht aber als proceßhindernde Einrede, unter andern angeführt worden, daß nach des Vaters Tode eine Sonderung der Güter unter den Brüdern stattgefunden habe; so wäre Kläger den ihm abgeleugneten Grund seiner Klage zu erweisen schuldig zu erkennen gewesen, und unter den verschiedenen Beweisen der

von beiden Theilen angeführten factischen Verhältnisse traf den Kläger zuerst die Reihe der Beweisführung.

l. 4 Cod. de edendo,
l. 9 Cod. de except.

Nichtsdestoweniger hat das vorige Erkenntniß bestätigt werden müssen, weil durch das in der Mitte liegende rechtskräftige Erkenntniß vom 6. Februar 1818 die Sache eine andere Wendung erhalten und die Entscheidung über die Reihe der Beweisführung von der Frage: ob die Erbtheilung bereits stattgefunden habe? rechtskräftig abhängig gemacht worden ist.

Da Beklagter behauptet hat, daß eine solche stattgefunden habe, so kann er sich nach Lage der Sache der Last des Beweises dieser Behauptung jetzt nicht entziehen: woraus jedoch nicht folget, daß, wenn er diesen Beweis zu führen nicht vermögte, Kläger demnächst nicht auch seiner Seits den Beweis des obgedachten Grundes seiner jetzigen Klage zu übernehmen schuldig sein sollte.

Im Laufe des obigen Processes wurde derselbe Kläger, Claus Christian Evers, auch wegen Verweigerung der ihm auf der väterlichen Hufe zu prästirenden freien Wohnung, Alimente ꝛc., welche Ansprüche durch landgerichtliches Erkenntniß vom 6. Februar 1818 zur besondern Ausführung verwiesen worden, — zuerst gegen die Wittwe seines Bruders und, nachdem das Landgericht unterm 16. April 1819 erkannt:

„daß die Wittwe zur Zeit nicht schuldig, sich auf die Klage einzulassen, sondern Kläger zuvor mit den Vormündern des minderjährigen Claus Hinrich Evers, als jetzigen Eigenthümers der Stelle, auszumachen hätte, daß die von ihm in Anspruch genommenen Leistungen auf der Stelle hafteten,"

im October 1819 gegen die Vormünder dieses seines Bruderssohnes klagbar.

Der Kläger berief sich zur Begründung seiner Ansprüche auf die schon oben erwähnte väterliche Disposition, über deren nähere Umstände er Folgendes vorbrachte:

Als im Jahr 1809 sein Vater das Unglück gehabt habe, in Rönnau das Bein zu brechen, habe der daselbst wohnende Claus Hinr. Schlichting ihn in sein Haus aufgenommen, wo er nach 11 Wochen gestorben sei. Während seines damaligen Krankenlagers habe er außer seinen beiden Söhnen, dem Kläger und dessen Bruder Joachim Hinrich, und außer ihrer damals noch am Leben gewesenen Mutter noch zu sich bescheiden lassen:

1) den verstorbenen Jochim Hinr. Schlichting aus Rönnau,
2) den Asmus Friedr. Hildebrandt aus Rönnau und
3) den Claus Hinr. Schlichting aus Travemünde,

und habe dann in ihrer Aller Gegenwart, sowie in Gegenwart der Wwe. Anna Margaretha Johannsen aus Travemünde mündlich die erwähnte väterliche Dispositon getroffen, worauf Kläger und sein Bruder ausdrücklich erklärt hätten, daß sie gegen diese seine Anordnungen Nichts einzuwenden hätten, vielmehr dieselbe in allen Stücken getreulich erfüllen wollten.

Die Beklagten conteſtirten litem pure negative, indem sie es gänzlich in Abrede stellten, daß weiland Claus Evers auf die angegebene Weise zur angegebenen Zeit verfügt habe, und opponirten zugleich peremtorisch, in eventum

1) die Einrede der Ungültigkeit jener Verfügung, welche weder nach Römischem noch nach Deutschem Recht bestehen könne und überdies, als Constituirung eines Altentheils, der obrigkeitlichen Bestätigung bedurft habe, ohne die sie vollkommen nichtig sei;

2) die Einrede der später zwischen den Brüdern getroffenen anderweitigen Vereinbarung, welche aus dem § 1 des Hausbriefes ersichtlich, verbis:

„da beide Brüder übereingekommen, daß der ältere Bruder, Claus Christian, aus den vorhandenen Baarschaften und belegten Geldern seine völlige Abfindung erhalten solle, so ist festgesetzt, daß der Annehmer dem erwähnten ältern Bruder aus der Stelle gar Nichts bezahlt und herausgiebt ꝛc.“

Beklagte baten daher um Entbindung von der Klage cum expensis.

Replicando erbot sich der Kläger, die Existenz der fraglichen Verfügung zu erweisen, und suchte die Gültigkeit derselben als einer divisio parentum inter liberos darzuthun. Ferner bemerkte er: der sogenannte Hausbrief sei Nichts als ein auf einseitiges Betreiben seines Bruders aufgenommener Entwurf, ein Instrument sine die et consule, ohne Zustimmung und ohne Befragen des Klägers abgefaßt, also eine nutzlose, erschlichene Charteke. Uebrigens stehe auch derselbe mit den Forderungen des Klägers nicht im Widerspruch, denn derselbe sage nur, daß die Art der Abfindung, wie sie von dem Anerben einer Hufe an die übrigen Geschwister, nach Maßgabe des Vergleichs des vormaligen Domcapitels mit den Capitels- und Vicarien-Dörfern vom Jahre 1793, aus der Stelle selbst geleistet zu werden pflege, in diesem Falle nicht eintreten solle, weil hinreichende Baarschaften und Capitalien vorhanden gewesen, aus welchen der Kläger wegen seiner Intestat-Ansprüche befriedigt werden könne.

Dadurch aber habe das dem Kläger, bei der im Uebrigen eingetretenen Intestat-Erbfolge gleichsam wie ein Prälegat ertheilte Recht freier Wohnung und Beköstigung auf der Stelle weder aufgehoben werden können noch sollen ꝛc.

In der Duplik wurde außer mehreren Belegen für das Erforderniß der Schriftlichkeit der divisio parentum inter liberos noch angeführt: daß die Errichtung einer persönlichen Servitut, wie usus, habitationis, ususfructus etc. nicht Gegenstand einer divisio parentum inter liberos sein, sondern nur durch ein Testament angeordnet werden könne.

Die Richtigkeit des Hausbriefs dürfe Kläger um so weniger bestreiten, da er selber in dem anhängigen, auf Erbtheilung abzielenden Processe Rechte für sich aus dem Hausbriefe abzuleiten suche, und wenn die Beweiskraft dieses Documents feststehe, so ergebe dessen Wortverstand von selbst: daß, wer aus einer Stelle gar Nichts haben solle, auch keine Prästationen daraus könne zu fordern haben.

Nach erkanntem Actenschlusse brachten Beklagte noch einen Attest des Fürstl. Lübeckischen Großvogtei-Gerichts zu Schwartau

ad acta, wornach es in Hinsicht der unter dem Großvogteigerichte stehenden Dörfer des vormaligen Domcapitels Gerichtsgebrauch und Herkommen sein soll, daß jede letztwillige Verfügung, auch die des Vaters unter den Kindern, gerichtlich zu Protocoll erklärt sein müsse, um Gültigkeit zu haben, und daß derselben Protocollation und Bestätigung auch ein bloßer, bei Uebertragung von Bauerstellen reservirter Altentheil zu seiner Gültigkeit bedürfe.

Das Landgericht hat mittelst Erkenntnisses vom 28. Juli 1820, in Betracht, daß:

1) nach klarem Inhalt des allegirten Hausbriefes Kläger und sein verstorbener Bruder dahin übereingekommen seien, daß letzterer dem erstern aus der väterlichen Stelle gar Nichts bezahlen und herausgeben, sondern Kläger seine völlige Abfindung von der väterlichen Verlassenschaft aus den Baarschaften und Capitalien haben solle;
2) die letztwillige Verfügung des Claus Evers daher, wenn auch ihr Dasein und ihre Rechtsbeständigkeit bewiesen werden könnten, doch durch spätere Uebereinkunft der Betheiligten wieder aufgehoben und außer Kraft gesetzt sei;
3) die unterbliebene Tagzeichnung des Hausbriefes im vorliegenden Falle für unerheblich zu achten sei, indem, worauf es hier lediglich ankomme, der Umstand, daß er nach dem Tode des Claus Evers ausgefertigt worden und der Beweis jener spätern Uebereinkunft aus den dürren Worten desselben unwiderleglich hervorginge;

die Beklagten unter Vergleichung der Kosten von der Klage entbunden.

Dies Erkenntniß wurde auf die dawider von Seiten des Klägers ergriffene Appellation am 1. Febr. 1821 vom Obergericht unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten der 2ten Instanz, und zwar aus den vorigen Entscheidungsgründen, sowie aus dem hinzugefügten Grunde: daß Kläger in dem gleichzeitigen, in pcto. fam. herciscundae anhängig gemachten Rechtsstreite den seinem Bruder ertheilten Hausbrief durch Ab-

leitung von Rechten aus demselben genugsam anerkannt habe, folglich auch gegen sich gelten lassen müsse, bestätigt. Dagegen erging auf die dawider eingewandte Oberappellation des Klägers unterm 7. Juli 1821 das nachfolgende Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichts:

„daß die Formalien des eingewandten Rechtsmittels für gewahrt zu achten, auch, Materialien anlangend, die bisherigen Erkenntnisse resp. des Landgerichts und des Obergerichts wiederum aufzuheben und unter Verwerfung der von den Beklagten aus dem Hausbriefe des verstorbenen Jochim Hinr. Evers hergenommenen Einrede dem Kläger und Appellanten der alternative Beweis aufzuerlegen:

entweder, daß sein verstorbener Vater in Gegenwart von mindestens zwei Zeugen auf seinem Sterbebette mündlich verfügt habe: Kläger solle in dem neu zu erbauenden Hause auf der seinem Bruder zugetheilten Hufe in Gneversdorf Zeitlebens freie Wohnung, freien Unterhalt und den Gebrauch eines Reitpferdes von der Stelle, wenn die Brüder sich aber nicht vertragen könnten, den völligen Altentheil und den Gebrauch des Reitpferdes zu genießen haben,

oder, daß der Vater solches Vermächtniß auf irgend eine Art verordnet und Klägers verstorbener Bruder ihm solches, nach des Vaters Tode, mindestens drei Jahre wirklich geleistet habe;

wogegen den Beklagten und Appellaten der Beweis ihrer Behauptung:

daß eine solche auf die Hufe gelegte Alimentationslast, nach den damals für Gneversdorf geltenden Rechten, ohne die gutsherrliche und gerichtliche Genehmigung und Bestätigung nichtig sei,

auch beiden Theilen wechselseitig der Gegenbeweis vorbehalten, übrigens sämmtliche bisherige Kosten, soweit nicht bereits rechtskräftig darüber erkannt worden, gegen einander verglichen und aufgehoben wurden.

Entscheidungsgründe:

Die Entscheidung dieser Sache konnte nicht, wie in den bisherigen Erkenntnissen geschehen, aus der durch den Haus-

brief des verstorbenen Joachim Hinr. Evers zu begründen gesuchten Einrede der Beklagten hergenommen werden, daß die streitige väterliche Verfügung, wenn auch ihre Existenz und ihre Rechtsgültigkeit dargethan werden könnte, doch jedenfalls durch spätere Uebereinkunft der Gebrüder Evers wieder aufgehoben sei.

Zwar ist es offenbar, daß der Kläger, als der gegenwärtige Rechtsstreit cumulativ mit dem zwischen denselben Partieen und der Wittwe des J. H. Evers pcto. familiae herciscundae eingeleitet wurde, wenn gleich er anfangs wesentliche Einwendungen gegen die Richtigkeit des erwähnten Hausbriefes vorbrachte, doch selbst schon in der Klage jenes frühern Processes den wesentlichsten Inhalt des gerade hier in Betracht kommenden § 1 des Hausbriefes mit ausdrücklichen Worten acceptirt hat, und sich nur wegen alles übrigen, ihm angeblich jener Zeit nicht bekannten Inhalts des Documents seine Rechte vorbehält, daß er auf gleiche Weise in der Replik in dilatoriis Rechte für sich daraus in Anspruch nahm, daß er endlich, nachdem das Original des Hausbriefes zu den Acten gebracht war und er seinen ganzen Inhalt kannte, in der hauptsächlichen Replik, statt fernerer Einwendungen, nur eine Reihe von Folgerungen zu seinen Gunsten daraus ableitete, die sich sämmtlich auf den § 1 bezogen und die Annahme der Richtigkeit der darin erwähnten Uebereinkunft voraussetzten.

Er konnte daher nach dem Grundsatze des Processes, daß, wer eine Urkunde für sich anführt — es sei vom Producenten die Rede oder vom Producten, der die vom Gegner vorgebrachte zu seinen Gunsten benutzt — solche auch gegen sich gelten lassen muß,

Auth. ad haec C. de fide instr. (4, 21), Cap. 19 i. f. X. de censibus (3, 39);

Danz, ordentl. Proceß, § 327, 331;

Grolman, Theor. des ger. V. 889, not. l;

den so wiederholt, stillschweigend und ausdrücklich anerkannten Passus des Hausbriefes später nicht mehr bestreiten, sondern mußte dieses Document nun als beweiskräftig gegen sich gelten lassen,

Allein:

1) Es folgt aus dem Inhalte des Hausbriefes und namentlich aus dessen § 1 keineswegs so unwiderleglich, als es von den Beklagten angenommen wird, daß die väterliche Verfügung, wenn sie existirt habe, doch durch spätere Uebereinkunft der Gebrüder Evers wieder aufgehoben sei. Vielmehr scheint es sogar nach den Worten des Paragraphen, daß überall noch gar kein Vergleich über irgend eine Abfindung des Klägers wirklich schon zu Stande gekommen war, sondern nur erst eine vorläufige Abrede über eine demnächst zu treffende Uebereinkunft stattgefunden hatte. Auf jeden Fall aber konnte die Replik des Klägers, daß die im Hausbriefe erwähnte Vereinbarung zwischen ihm und seinem Bruder sich lediglich auf seine Intestat-Abfindung aus der Stelle, als solche, keineswegs auf die ihm, neben dieser, gleichsam wie ein Prälegat vom Vater ausgesetzten Vortheile beziehe, und daß es überall nicht die Absicht seines Bruders gewesen, von den dieserhalb übernommenen Verpflichtungen befreit zu werden, nicht unberücksichtigt bleiben; — zumal da es nach mehrern in den Acten vorkommenden Aeußerungen des Klägers scheint, daß er wirklich bis zum Tode des Bruders unentgeltlich auf der Stelle gelebt habe.

Wäre daher der § 1 des Hausbriefes auch nach seinem unmittelbaren Wortverstande zunächst im Sinne der Beklagten zu interpretiren, so hätte doch dem Kläger nach

l. 219 D. de V. S. (50, 16)

eventualiter der Beweis seiner auf die entgegenstehende Absicht der Paciscenten gerichteten Replik nicht abgeschnitten werden können. Wenn es aber selbst ausgemacht wäre, daß nach der Absicht der Contrahenten die Vereinbarung sich auf die behaupteten Berechtigungen des Klägers aus der väterlichen Verfügung habe miterstrecken sollen, so würde dieser Vergleich als eine transactio de alimentis ultima voluntate relictis, doch eventualiter

2) durchaus null und nichtig sein.

Denn zur Gültigkeit eines solchen Transacts ist die gerichtliche Bestätigung absolut nothwendiges Bedingniß,

l. 8 D. de transact. (2, 15),

und diese kann in der bloßen gerichtlichen Aufnahme des Hausbriefes auf keine Weise gefunden werden, weil die Gesetze dazu eine genaue causae cognitio, sub poena nullitatis, erfordern, cit. l. 8 D. de transact. § 17,
von einer solchen aber hier so wenig die Rede ist, daß die Existenz des Transacts selbst nur folgerungsweise aus der allgemeinen Fassung der Ausdrücke des § 1 herausgebracht werden kann.

Sonach mußte denn die aus dem Hausbriefe entlehnte Einrede der Beklagten gänzlich verworfen werden, und es war daher nur über den Grund der Klage zu erkennen, welchen die Beklagten in facto gänzlich geleugnet und dem sie in jure die Einrede der Nichtigkeit entgegengestellt haben.

Die väterliche Anordnung, so wie Kläger den Inhalt und die nähern Umstände ihrer Verfügung angiebt, kann zwar nicht, wie Kläger vermeint, als eine rechtsgültige divisio parentis inter liberos angesehen werden; denn eine solche erfordert nach Römischer Form nothwendig einen schriftlichen Aufsatz,
Nov. 18, Cap. 7. Nov. 107, Cap. 3,
v. Bülow, Abh. über einz. Mat. des R. R., Th. I, S. 183—6,
und die Genehmigung eines letzten Willens von Seiten des Erben vor dem Tode des Erblassers macht das Ungültige nicht gültig.
l. 35 § 2 Cod. de inoff. test. (3, 28).

Auch würde durch die behauptete Erklärung beider Söhne, daß sie das Verfügte genehmigten und erfüllen wollen, das Ganze noch nicht zu einem pacto geworden sein; denn ein Erbvertrag läßt sich nur da annehmen, wo der Wille des Disponenten darauf gerichtet ist, sich unwiderruflich binden zu wollen; im vorliegenden Falle aber ging die Absicht des Vaters, wie aus der eigenen Darstellung des Klägers über das Vorgefallene klar hervorgeht, lediglich auf ein Verordnen, also auf eine einseitige Verfügung.

Es kann aber diese Verfügung der Form nach zu Rechte bestehen unter zwei Gesichtspunkten, nemlich

a) als ein legatum & fideicommissum heredi praesenti injunctum, welches ohne alle Solennitäten durch

bloße mündliche Auflage an den Erben — sei er Testaments- oder Intestat-Erbe, — errichtet werden kann,

§ ult. J. de fideic. hered. (2, 23),

l. ult. Cod. de fideic. (6, 42),

und wobei der Kläger Nichts als die geschehene Verfügung an den gegenwärtig gewesenen Erben zu erweisen hätte,

Pufendorff, Tom. 4, obs. 112.

Allein bei dieser eigenthümlichen Art letztwilliger Verfügungen ist die Eideszuschiebung an den heredem praesentem, dessen fides dabei Alles anheimgestellt ist, nach den Worten und dem Geist der Gesetze, das einzige zulässige Beweismittel;

Menken, Opuscula No. 19,

Stryck, U. M. P. lib. 36, Tit. 1 § 10.

Es würde daher dem Kläger, da sein Bruder längst verstorben ist, eine Eideszuschiebung an dessen Erben aber hier auf keine Weise stattfinden könnte,

Harprecht, diss. acad. Vol. 2 Cap. 5 § 31—4,

an der Möglichkeit des Beweises fehlen, daher dieser Gesichtspunkt nicht weiter zu berücksichtigen war;

b) als ein Legat, welches der Vater durch einen privilegirten Codicill unter seinen Söhnen, als seinen Intestaterben, mündlich ordnete, wobei die gehörige Zuziehung von zwei Zeugen schon hinreichend gewesen sein würde. Denn die Eltern können unter ihren Kindern mündlich vor zwei Zeugen testiren, und diejenigen, welche ein befreites Testament errichten können, sind auch bei den Solennien der Codicille privilegirt, l. 8 § 4 D. de jure codic. (29, 7).

Zwar ist es in den Rechten streitig, ob den Eltern überall mündliche Testirung unter ihren Kindern in privilegirter Form zustehe, v. Bülow, l. c. Th. 1, S. 193 ff.,

und nach Römischem Rechte wohl gewiß zu verneinen; aber der § 2 von Testamenten in der Notariats-Ordnung von 1512 hat in der Praxis so allgemein die Auslegung gefunden, ein solches Testament vor zwei Zeugen zu gestatten,

v. Bülow, l. c. S. 201;

Hofacker, pr. jr. civ. § 1388;

Helfeld, jur. for. § 1482;
Hopfner, Com. § 466, not. 10;
Hufeland, Lehrb. des C. R. § 1339, 2;
Thibaut, System, § 708;

daß nun eine Usual-Interpretation des Gesetzes dadurch als begründet betrachtet kann, und daher nach

l. 37 D. de legibus (1, 3)

dabei stehen zu bleiben berechtigt ist. Hiernach ist daher die Alternative des den Kläger treffenden Beweises gestellt.

Wenn aber auch die Disposition in der Form mangelhaft wäre, so ordnet doch

l. 1 Cod. de fidei. (6, 42),

daß die nach dem Tode des Erblassers während mindestens dreier Jahre geschehene Erfüllung einer solchen Verfügung von Seiten des Erben die Verbindlichkeit zur ferneren Erfüllung derselben hervorbringen soll; und da der Kläger behauptet, daß sein verstorbener Bruder ihn das streitig gewordene Vermächtniß bis zu seinem Lebensende wirklich habe genießen lassen, so ist dadurch die zweite Alternative des dem Kläger auferlegten Beweises begründet.

Sollte indeß auch der eine oder der andere Beweissatz vom Kläger erwiesen werden können, so würde doch noch die von den Beklagten aus den deutschen Rechten hergenommene Einrede, daß alle Alimentations-Belastungen auf eine Bauerstelle, und namentlich auch auf eine Gneversdorfer Hufe, ohne gutsherrliche und gerichtliche Bestätigung ungültig sein, wenn sie dargethan, sein Klagrecht wieder vernichten. Allein diese Einrede ist noch keineswegs für erwiesen zu achten; denn

1) nach allgemeinen Rechtsprincipien läßt sich überall nicht behaupten, daß die gutsherrliche und gerichtliche Bestätigung absolut nothwendiges Erforderniß zur Gültigkeit solcher auf ein Bauerngut zu übernehmender Verpflichtungen sei.

Runde, Rechtsl. v. Altenth. § 69—71.

Es kommt also:

2) Alles auf die speciellen Rechte an, welche in Gneversdorf zur Zeit der Errichtung der streitigen Verfügung deshalb

galten; und da scheint der Vergleich des vormaligen hiesigen Domcapitels mit seinen Unterthanen vom Jahre 1793 gegen die Beklagten zu sprechen, indem aus § 2 und 3 des ersten Capitels hervorgehen mögte, daß, wenn auch solche und ähnliche Beschwerungen der Hufen bei der Gutsherrschaft oder deren untergeordneter Obrigkeit zur Confirmation angezeigt werden müssen, doch ihre rechtliche Gültigkeit an sich keineswegs von jener Anzeige und der erfolgten Bestätigung abhänge.

Der von den Beklagten in erster Instanz, völlig unbehörig nach dem Actenschlusse, beigebrachte Atteſt des Fürstlich Lübeck'schen Großvogtei-Gerichts konnte aber, auch abgesehen von seinem Inhalte, noch zur Zeit überall nicht berücksichtigt werden; mithin hat diese Einrede, wie im Urtheile geschehen, nur zum Beweise verstellt werden können.

II. (5.)

Dorfschaft Dissau contra Heil. Geist-Hospital.

Innerhalb der Dorfschaft Dissau liegt ein Teich, dessen Benutzung von der beikommenden Gutsherrschaft, den Ober- und Vorstehern des Heil. Geist-Hospitals, dem Hufner Hartz zu Dissau überlassen worden war.

Als nun Letzterer im August 1818 diesen Teich auszumudden angefangen und der Dorfschaft Dissau die Theilnahme an diesem Ausmudden, wozu sie sich eingefunden, durch eine von Seiten des Hospitals-Inspectors erwirkte landgerichtliche Verfügung inhibirt worden, ward selbige im September s. J. wider die Vorsteher bei dem Landgerichte klagbar und bat, unter Berufung auf die seit Menschendenken geschehene gemeinschaftliche Benutzung und Ausmuddung des Teiches, um Zurücknahme obiger Verfügung und um Schutz des ihr bisher zugestandenen Rechts, sowie um Verurtheilung der Beklagten zum Ersatz des Schadens und der Kosten.

Beklagte bestritten die behauptete Befugniß der Kläger, indem sie bemerkten, daß der Dorfschaft früher, als die Gutsherrschaft selber den Teich habe fischen lassen, die Ausmuddung desselben als ein onus, gegen eine Vergütung an Bier, obgelegen habe, jetzt aber gegen die dem Hufner Hartz titulo oneroso überlassene Benutzung des Teiches kein Einspruch zustehe.

In der Replik ward weiter ausgeführt, daß der streitige Teich von jeher Dorfsteich genannt und sämmtliches Vieh daraus getränkt, derselbe auch von den Klägern ohne Anfrage bei der Gutsherrschaft ausgemuddet und die Mudde unter den Eingesessenen vertheilt, das Fischen im Teiche aber dem vorigen Stiftsvoigte nur aus Gefälligkeit zugestanden worden sei, weshalb sie im Besitz der Benutzung des Teiches sich befänden und auch ferner zu schützen seien.

Nach vernommener Duplik, worin auf die Irrelevanz der Benennung des Teiches und des Viehtränkens hingewiesen und im Uebrigen die behauptete klägerische Benutzung des Teiches geläugnet, event. als eine heimliche bezeichnet ward, legte das Landgericht mittelst Erkenntnisses vom 4. Dec. 1818 den Klägern den Beweis auf:

„daß sie die unbeschränkte Benutzung des Dorfsteiches oder doch wenigstens die Befugniß, denselben ohne Erlaubniß der Beklagten ausmudden zu dürfen, auf rechtliche Art erworben haben."

Die Kläger, sich beschwert erachtend:

daß nicht das Erkenntniß auf Schutz im Besitzstande gerichtet oder wenigstens auf ihre Behauptung, sich seit Menschengedenken im Besitz des Ausmuddens zu befinden, Rücksicht genommen worden sei,

ergriffen die Appellation, und nachdem die sent. a qua am 6. Mai 1819 vom Obergericht bestätigt worden war, das Rechtsmittel der Revision, worauf am 16. Nov. s. J. vom Obergericht ein von der Göttinger Juristenfacultät normirtes reformatorisches Erkenntniß publicirt ward, des Inhalts:

daß den Klägern außer dem Beweise des Rechts auch der Beweis des Besitzstandes nachzulassen.

Gegen solchen Spruch wandten die Beklagten die Gegen-Revision ein, welcher auch, als einem nach § 36 der V.-O. vom 4. Mai 1814 zulässigen Rechtsmittel, dergestalt deferirt ward, daß in Berücksichtigung des § 62 der O.-A.-G.-Ordnung die Acten nach genommenem Actenschluß zum Behuf des Erkenntnisses an das O.-A.-Gericht abzugeben seien.

Es erfolgte nun von Seiten dieses Gerichtshofes unter'm 18. Mai 1821, bei Compensation der Kosten dieser Instanz, ein lediglich bestätigendes Erkenntniß, welchem folgende Entscheidungsgründe beigefügt sind:

„Die Zulässigkeit des von den Beklagten eingewendten Rechtsmittels kann im Allgemeinen um deswillen nicht bezweifelt werden, weil nach § 14 der hiesigen Bekanntmachung vom 5. Juli 1820 gegen alle nach der Einsetzung des Ober-App.-Gerichts ausgesprochenen Erkenntnisse des Obergerichts, welche nur ihrem Gegenstande nach zur Competenz des Ober-App.-Gerichts erwachsen sind, die Berufung an dieses Gericht Statt findet, und die in den bereits verschickten Revisionssachen nachher erfolgenden Urtheile ebenfalls solche obergerichtliche oder wenigstens im Namen des Obergerichts ausgesprochene Erkenntnisse sind.

Daß aber die Beklagten das an und für sich statthafte Rechtsmittel in der Form einer Gegen-Revision eingeleitet haben und die Instruction desselben vor dem hiesigen Obergerichte geschehen ist, kann ebenfalls nicht für unzulässig gehalten werden, weil nach § 62 der provisorischen O.-A.-Ger.-Ordnung alle bei Eröffnung des O.-A.-Gerichts bei den Obergerichten rechtshängigen, zur Competenz des O.-A.-Gerichts gehörenden Sachen daselbst unter fortwährender Beachtung des dafür in jeder Stadt vorgeschriebenen Verfahrens bis zum Spruch instruirt werden sollen, zu den bei den Obergerichten damals noch rechtshängigen aber ohne Zweifel auch diejenigen zu rechnen sind, welche zu jener Zeit in revisorio bereits verschickt waren.

In der Sache selbst war schon die Klage, sowie sie angestellt worden, keine rein petitorische, vielmehr zufolge der

Klagbitte um Zurücknahme des vom Landgerichte erlassenen Befehls und Schutz bei dem den Klägern bisher zugestandenen Rechte des Ausmuddens, auf das possessorium mit gerichtet, eben dieses aber in der Replik durch den ausdrücklichen Antrag auf Schutz im Besitze hauptsächlich geltend gemacht worden.

Eine solche Nachholung des Possessoriums, wenn man selbst darin mehr, als bloße Erläuterung des Klagantrages, finden wollte, ist aber den Gesetzen nach unzweifelhaft gestattet:

cap. 36 X. de testibus
cap. 5 X. de caus. poss. et propr.
Clem. un. de causs. poss.

und es können gegen deren Anwendbarkeit die von den Beklagten angeführten Gründe nicht in Betracht kommen:

1) nicht, daß jene Gesetze nur für den bestimmten Fall der Spolienklage gegeben worden seien und über solchen nicht ausgedehnt werden dürften; denn dieser Grund paßt überhaupt nicht auf die beiden ersteren Stellen und es kann daher auch der hiemit übereinstimmenden Vorschrift der letzten keine solche Beschränkung beigelegt werden;

2) auch nicht, daß diese Vorschriften des blos subsidiarisch recipirten canonischen Rechts gegen den Grundsatz der bestehenden Proceßordnungen:

„daß nach der Litiscontestation keine Abänderung der Klage mehr Statt finde"

nicht geltend gemacht werden könnten; denn einestheils enthält die Replik nur eine Verbesserung, keine eigentliche Abänderung der Klage, anderen Theils kann durch ein späteres generelles Gesetz dem frühern speciellen nicht derogirt werden, ohnehin aber ist in der hier gemeinten Stelle des Lübeckischen Stadtrechts (V, 3, 1.) wohl gewiß keine vom gemeinen Recht abweichende Bestimmung beabsichtigt worden.

Da solchemnach von den Klägern wirklich und zulässigerweise das Possessorium mit dem Petitorio cumulirt worden ist, so hat das vorige Gericht die Beweisauflage mit Recht auf Beides gerichtet.

Die Kosten dieser Instanz haben jedoch, da die Beklagten die beiden ersten Erkenntnisse für sich gehabt, die Kläger aber ohne Grund die Zulässigkeit des Rechtsmittels bestritten haben, gegen einander verglichen werden müssen."

III. (6.)

Nölting (Fothergill) contra Müller.

Am 9. Juli 1813 wurden von Grünhagen zu Königsberg an die Ordre von Fothergill daselbst zwei Wechsel über 500 und 400 ℔ Hamb. Bco. auf Nicolaus Hermann Müller in Lübeck, 9 Wochen nach dato in Hamburg zahlbar, ausgestellt und von dem Trassaten, der erstere pure, der andere zum 20. Septbr. dergestalt acceptirt, daß beide durch G. P. Lübders in Hamburg zu zahlen.

Die Secunda beider Wechsel ward am nämlichen Tage von Fothergill auf Beer, von diesem auf Lindau in Berlin, von Lindau am 17. Sept. 1813 auf Mendheim daselbst, von diesem am 23. Sept. an die kön. Seehandlung und von Letzterer am 7. Juni 1814 auf Jenisch in Hamburg indossirt.

Als jedoch Jenisch am 13. Juni 1814 beide Wechsel bei Lübders zur Zahlung präsentirte, ward diese unter dem Bemerken verweigert:

„Die Valuta sei vom Bezogenen auf Verfall übermacht und habe in der Bank bereit gestanden, welche bekanntlich von der französischen Behörde gepfändet worden; es sei also nicht des Trassaten Schuld, daß man die Wechsel nicht zur Verfallzeit eingefordert habe und der Verlust der Valuta müsse den Inhaber treffen."

Nach aufgenommenem Protest gingen die verschiedenen Indossatare successive auf ihre Vormänner zurück und erhielten auch bei den preußischen Gerichten obsiegliche Erkenntnisse gegen dieselben.

So gelangten die Wechsel zuletzt wieder, nach Befriedigung von Beer, an Fothergill, welcher mittlerweile die Handlung des Ausstellers Grünhagen übernommen und die Firma Grünhagen & Fothergill adoptirt hatte. Nach abermaliger Indossirung der Wechsel, und zwar auf Nölting jun. in Lübeck, trat dieser Indossatar gegen den Acceptanten zuerst mit einer Wechselklage, und nachdem der Beklagte durch Niedergerichtserkenntniß vom 28. Juli 1818 zur Zahlung schuldig erkannt, durch obergerichtliches reformatorium vom 3. Septbr. 1818 aber von der Wechselklage entbunden worden, am 20. Oct. 1818 in ordinario klagend auf, indem er auf den Grund einer beigefügten Ricambio-Rechnung den Beklagten zur Zahlung von 5650 ℔ Cour. (an Capital, Schäden, Kosten, 6 pCt. Zinsen vom Verfalltage) zu verurtheilen bat.

Der Beklagte excipirte in der Hauptsache: daß er die Valuta zeitig an seinen Commissionair Lüdders übermacht und dieser sodann das Geld in die Bank geliefert, wo es — bei nicht erfolgter Präsentation der Wechsel — stehen geblieben sei, bis Davoust am 5. Nov. 1813 die ganze Bank geraubt habe. Erst im Juni 1814 hätten sich die Wechsel-Inhaber gemeldet und jetzt die ihnen offerirten 45⅓ pCt. — als den Belauf des von der französischen Regierung vor Kurzem geleisteten Ersatzes — refüsirt. Unter Bestreitung der concreten Anwendbarkeit einer Ricambio-Rechnung event. der geschehenen Zinsberechnung nach 6 pCt. statt zu 5 pCt. und vom Tage des Verfalls statt von der Präsentaion angerechnet, bat Beklagter mit Berufung auf

art. 114 des Code de Commerce und
art. 43 der Hamb. Wechsel-O.

um Abweisung der Klage.

Nach gewechselter Re- und Duplik und in Folge Präliminarbescheides vom 12. Juni 1819 nachgeholter, durch eine Vollmacht von Grünhagen & Fothergill beschaffter besserer Legitimation des Klägers ward der Beklagte mittelst Erkenntnisses des Niedergerichts vom 26. Februar

1820, unter Verwerfung der Ricambio-Rechnung, schuldig erkannt:

die beiden Wechsel nebst Verzugszinsen vom 4. Septbr. 1819 zu bezahlen, falls er nicht beweise: daß der Indossatar, welchem die Einkassirung der Wechsel bei der Verfallzeit obgelegen, dieselbe culpose versäumt habe, daß aus solcher culpa ihm Schaden erwachsen sei und wie hoch sich selbiger belaufen habe.

Auf die hiegegen von beiden Parteien ergriffene und verfolgte Appellation erkannte das Obergericht am 28. Sept. 1820:

daß Beklagter schuldig sei, die libellirten Wechselsummen von 400 und 500 ℳ Hamb. Bco. mit den Zinsen zu 6 pCt. p. a., vom 13. Juni 1814, als dem Tage des wegen Nichtbezahlung eingelegten Protestes, ausgerechnet, in 14 Tagen an Klägern zu bezahlen, wohingegen die miteingeklagten sogenannten Ricambio-Rechnungen zu verwerfen seien, dem Kläger jedoch nachgelassen bleibe, innerhalb 4 Wochen eine nach Anleitung des Code de comm. aufgemachte Retour- oder Ersatz-Rechnung vorzulegen.

Auch gegen dieses Erkenntniß wurde von beiden Theilen ein Rechtsmittel, und zwar die Revision, eingewandt und ausgeführt, wornach auf die von Seiten des Obergerichts eingesandten Acten unter'm 22. Juni 1821 der oberappellationsgerichtliche Spruch erfolgte:

daß das obergerichtliche Erkenntniß wiederum aufzuheben und Beklagter vielmehr zu erweisen schuldig:

daß er die Summe von 2702 ℳ Bco. zum Behuf der Einlösung der beiden in Frage stehenden Wechsel vor deren Zahlungstage nach Hamburg an Lüdders übermacht habe und daß dieselbe auf der Conto des Letztern bis zur Wegnahme der Bank am 5. Nov. 1813 unverändert stehen geblieben sei, wogegen den Klägern der Beweis nachgelassen wird:

„daß es für die damaligen Inhaber der Secunda-Wechsel nicht thunlich gewesen, dieselben vor erfolgter Wegnahme der Bank nach Hamburg zu schaffen;"

und beiden Theilen wechselseitig der Gegenbeweis vorbehalten bleibt; wobei es im Uebrigen eventualiter, Einwendens unerachtet, bei dem vorigen Erkenntnisse sein Verbleiben behalten, auch die Kosten dieser Instanz verglichen werden sollen.

Entscheidungsgründe:

„Soviel in der vorliegenden Sache

I. die Hauptfrage betrifft, ob der Beklagte die Capitalsumme der beiden eingeklagten Wechsel zu bezahlen schuldig sei?

so unterliegt es keinem Zweifel, daß, da er jene Wechsel decepirt hat, die Klage gegen ihn begründet ist.

Es kann also nur auf die vorgeschützte Einrede:

„daß jene Wechsel am Verfalltage nicht präsentirt und im Gefolge jener Verzögerung die zur Berichtigung derselben nach Hamburg übermachte Valuta verloren gegangen sei,"

ankommen.

Der Rechtsbestand dieser Einrede muß nun, wie Beklagter selbst zugegeben hat, nach französischem Rechte beurtheilt werden, denn dieses galt im Septbr. und Novbr. 1813, also zur Zeit, wo jene Wechsel verfielen und wo die Valuta mit der Hamburger Bank getraubt sein soll (und diese Zeiten können bei dieser Frage allein in Betracht kommen), sowohl in Hamburg, wo jene Wechsel domicilirt waren, als auch in Lübeck, wo der Acceptant seinen Wohnsitz hatte.

s. d. Hamb. V.-O. v. 30. Mai 1814 Art. 1.

Lüb. transit. Verf. v. 4. Mai 1814 § 52.

und wenn gleich beide Städte durch ein Decret des französischen Kaisers damals hors de la loi gesetzt waren, so entzog ihnen das zwar manche constitutionelle Vorrechte, andere

aber an der Gültigkeit der daselbst eingeführten Privatgesetze Nichts.

Das französische Handelsrecht geht nun von dem Grundsatz aus, daß, sowie der Wechsel-Contract auf der einen Seite den Trassanten, den Indossanten und den Acceptanten auf das Strengste binde, — ersteren, für die Bezahlung des Wechsels auf den Verfalltag zu haften, letzteren, sie alsdann zu leisten, — ebenso strenge auf der andern Seite der Inhaber sich verpflichte, am Verfalltage die Zahlung in Empfang zu nehmen. Und in der That hängt auch Beides auf das Genaueste zusammen, denn je strenger und drückender eine übernommene Verbindlichkeit ist, desto größer ist das Interesse des Verpflichteten, davon baldigst befreit zu werden. Deshalb macht es der

Code de commerce, art. 161, 162.

dem Inhaber zur Pflicht, am Verfalltage selbst die Bezahlung des Wechsels zu verlangen und im Entstehungsfall gleich am folgenden Tage Protest zu erheben. Und obwohl bei der Abfassung des Gesetzbuches von manchen Seiten her der Wunsch geäußert worden war, daß für die Einlegung des Protestes eine etwas längere Frist bewilligt werden möge, weil ja die Wechselstrenge zum Besten des Inhabers eingeführt sei und dieser durch unvermeidliche Hindernisse abgehalten werden könne, gleich am Tage nach dem Verfall protestiren zu lassen: so nahm man darauf doch keine Rücksicht, weil man dafür hielt, der Wechselvertrag verpflichte zur präcisen Präsentation, diese aber würde unterbleiben, wenn man spätere Proteste zuließe, und man könne daher dem Inhaber dabei keine Frist bewilligen und ihm nicht gestatten, das Interesse derer, die im Nichtzahlungsfalle für den Regreß haften müßten, zu verabsäumen.

Locré esprit du Code de commerce, tom. 2 pag. 229—31.

Versäumt nun der Inhaber diese Pflichten, so verliert er jede Klage gegen die Indossanten und auch gegen den Aussteller, sofern dieser Letztere nachweisen kann, daß er zur Verfallzeit bei dem Bezogenen durch alte Forderungen oder neue

Uebermachungen den Wechsel gedeckt hatte, und behält nur gegen den Bezogenen einen Anspruch.

Code de commerce, art. 116. 117. 168—170. coll. 189.

Die bei dem Trassanten gemachte Ausnahme beruht darauf, daß er für Deckung zu sorgen hatte, und, wenn er dieses nicht that, die für den Wechsel eingenommene Valuta nicht behalten darf, ohne sich mit fremdem Schaden zu bereichern;

Exposé des motifs du Code de commerce, dans l'edition 1808. 8. pag. 20. 21.

Locré l. c. tom. 2. pag. 64—7.

Pardessus éléments de jurisprud. commerciale p. 290—5.

und die Ausnahme bei dem Trassaten theils wohl auf demselben Grunde, theils auch darauf, daß dieser es in seiner Hand hat, die Wechselschuld zu deponiren, wenn er sich von der ganzen Verbindlichkeit und von jedem Risico befreien will, ohne daß er in diesem Fall dem vielleicht unbekannten Inhaber vorher eine Real-Oblation zu machen nöthig hätte, indem dieses durch ein fortwährend in Frankreich beibehaltenes Gesetz vom 25. Juli 1795 für solche Schulden erlassen ist.

Code Napoléon art. 1257—9.

Pardessus l. c. pag. 260—2.

Träten daher bei dem jetzigen Beklagten alle Verhältnisse des gewöhnlichen Bezogenen ein, so würde es keinem Bedenken unterliegen, daß er ungeachtet der versäumten jetzigen Präsentation zur Zahlung und ungeachtet der Wegnahme der Hamburger Bank noch zur Einlösung der beiden streitigen Wechsel verpflichtet wäre. Allein hier kommt der wesentliche Umstand in Betracht, daß diese Wechsel, und zwar bereits vom Aussteller selbst, an einem dritten Orte, in Hamburg, domicilirt waren.

Bei dem domicilirten Wechsel aber treten hinsichtlich des Acceptanten ähnliche Verhältnisse wie bei dem gewöhnlichen Wechsel hinsichtlich des Trassanten ein. Sowie letzterer für Deckung und Zahlung des Wechsels im Wohnorte des Trassaten zu sorgen hat, so ist es in jenem Falle Pflicht des Acceptanten, für Beides im Domicil Sorge zu tragen.

Sowie der Trassant den Wechselnehmer anweist, die Zahlung bei dem Trassaten zu suchen und zu empfangen, so ertheilt ihm der Acceptant die gleiche Anweisung auf den, bei welchem der Wechsel domicilirt ist.

Sowie daher der Wechselnehmer gegen den Trassanten die Verbindlichkeit contrahirt und auf seine Hintermänner überträgt, am Verfalltage vom Acceptanten die Zahlung zu verlangen, so übernimmt er auch gegen letztern die Verbindlichkeit, im Domicil zur gehörigen Zeit die Zahlung zu suchen.

Versäumt er dieses, so läßt er sich auch gegen den Acceptanten eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen, und obwohl dieser als Acceptant ihm verhaftet bleibt, so muß er demselben doch, nach der allgemeinen Regel des

Code Napoléon art. 1382. 3.

für allen den Nachtheil aufkommen, welcher aus der Verzögerung der Encassirung hervorgeht; mithin kann er seine Wechselforderung gegen ihn nicht weiter geltend machen, wenn die Anschaffungen, welche der Bezogene zur Einlösung des Wechsels im Domicil gemacht hat, in Gefolge dieser Verzögerung durch Zufall verloren gegangen sind. Sehr richtig sagt Mann im Handelsgesetzbuch des französischen Reiches, S. 493—4:

„Der Protest Mangels Zahlung kann nur in dem an„gegebenen Domicil gemacht werden. Ein Protest in der „Wohnung des Bezogenen selbst würde null sein, und wenn „dieser Demjenigen, in dessen Domicil der Wechsel zahlbar „war, die Anschaffung zur Bezahlung wirklich übermacht hätte „und letzterer nachher fallirte, so würde der Inhaber seinen „Regreß sogar gegen den Bezogenen verlieren."

Was hier Mann für den Fall lehrt, wenn in der Aufnahme des Protestes gefehlt ist, das muß unbedenklich und noch mehr dann gelten, wenn bei der Einforderung der Zahlung eine Versäumniß begangen worden ist.

Demnach muß im vorliegenden Falle der Beklagte von der gegen ihn angestellten Klage entbunden und nur zur Herausgabe der von Frankreich an die Bank restituirten Procente

verurtheilt werden, falls er seinem Vorgeben gemäß die Deckung für die beiden Wechsel vor dem Zahlungstage übermacht und dieselbe durch den am 5. Novbr. jenes Jahres vorgenommenen Bankraub verloren haben sollte.

Der Beweis dieses noch nicht actenkundigen Umstandes mußte nach Analogie des Code de comm. art. 117. dem Beklagten auferlegt und dabei zugleich das zum Beweise verstellt werden, daß die übermachte Summe bis zum Bankraube unverändert auf dem Conto von Lüdders stehen geblieben sei. Hätte nämlich der Beklagte auch nur interimistisch darüber anderweitig verfügt, so würde sie dadurch die Natur einer für die gedachten Wechsel bestimmten Deckung verloren haben und folglich nicht mehr angenommen werden können, daß durch den Bankraub diese Deckung verloren gegangen sei. Und hätte etwa Lüdders diesen Posten einmal für sich benutzt, so würde er dessen Gefahr auf sich geladen und folglich der Beklagte auf Veranlassung jener Wechsel nichts verloren haben.

Gegen diese Entscheidung läßt sich denn auch nicht einwenden, daß

1) nach französischem Rechte die Gefahr erst durch Deposition auf den säumigen Gläubiger übergehe,

Code Napol. art. 1257.

und daß dem Beklagten, weil er die Valuta der Wechsel nicht deponirt habe, der Vorwurf der eigenen Schuld treffe; auch nicht

2) daß bei einer obligatio generis die Gefahr möglicher Weise nur dann übergehen könne, wenn bereits ein bestimmtes corpus zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit ausgeschieden worden ist; denn

abgesehen davon, daß

ad 1. auch ohne Deposition den Umständen nach eine mora accipiendi erzeugt und die Gefahr auf den Gläubiger übertragen werden kann,

Code Napoléon art. 1233, 1788.

daß der Schuldner zur Deposition nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt ist, sowie dem Beklagten daraus, daß er das

Geld aus der ganz sicher geachteten Bank nicht herausnahm, kein Vorwurf gemacht werden kann;

abgesehen ferner davon, daß

ad 2. wenn der Beklagte den ihm auferlegten Beweis führt, die zur Einlösung der beiden Wechsel nach Hamburg übermachte Summe wirklich als von seinem übrigen Vermögen schon völlig getrennt und ausgeschieden erscheint, so heben sich beide Einwürfe durch die oben geltend gemachte Analogie des Trassanten und durch die allgemeinen Grundsätze des französischen Rechts über die Folgen der culpa und negligentia.

So wie nemlich der Trassant, im Fall der Inhaber mit dem Incasso des Wechsels gesäumt hat, ohne Weiteres vom Regresse befreit wird, wenn er nur den Acceptanten mit Deckung versehen hatte, so muß auch, im Fall ein domicilirter Wechsel vorhanden ist, der Bezogene von der übernommenen Verbindlichkeit frei werden, wenn er dem, bei welchem der Wechsel domicilirt war, die Deckung übermacht hatte und dieselbe, in Folge jener Versäumniß, sei es durch Concurs dieses Dritten oder sonst verloren gegangen ist.

Wenn nun aber auch der Beklagte den obengedachten Beweis führt, so kommt noch in Betracht, daß die Kläger behaupten, es sei für den damaligen Inhaber der Secunda jener Wechsel unthunlich gewesen, dieselben zur Verfallzeit und selbst nachher vor der Wegnahme der Bank zum Incasso nach Hamburg zu befördern, und daß, wenn auch die damaligen Inhaber ein Versehen gemacht haben sollten, dieses ihnen doch nicht zum Präjudiz gereichen könnte.

So unerheblich nemlich auch dieser letztere Einwand erscheint, weil die Kläger den Beklagten nur wegen einer ungerecht verweigerten Einlösung der Wechsel in Anspruch nehmen können, also überall kein Klagerecht haben, wenn Beklagter rechtlich befugt war, dieselbe zu verweigern, ohne daß die etwa gegen die Kläger ergangenen Entscheidungen daran Etwas ändern können, weil das eine res inter alios judicata ist, so erheblich stellt sich auf der andern Seite der erstgedachte Einwand dar. Wo nemlich auch, wie hier, das französische

Recht Jemanden wegen seiner Nachlässigkeit oder wegen Nichterfüllung seiner contractlichen Verbindlichkeiten für verhaftet und zum Schadensersatz verpflichtet erklärt, da läßt es doch immer noch die Ausnahme zu, wenn er durch einen unverschuldeten Zufall abgehalten wurde, seiner Pflicht nachzukommen.

Code Napoléon art. 1147—8.

Namentlich kann daher der Inhaber eines Wechsels selbst vom Trassanten immer noch Garantie für den Wechsel fordern, wenn Zufälle es ihm unmöglich gemacht haben, den Wechsel zur rechten Zeit zur Zahlung zu präsentiren.

Pardessus l. c. pag. 288.

In allen diesen Fällen aber liegt der Verstoß wider die gesetzliche Vorschrift klar am Tage, die culpa ist daher zu präsumiren, und wer den casus behauptet und sich dadurch rechtfertigen will, muß — wie es auch die oben angeführten Stellen klar besagen — den Beweis des Zufalls übernehmen.

Deshalb konnte in concreto nicht, wie im niedergerichtlichen Erkenntnisse geschehen ist, dem Beklagten der Beweis einer von klägerischer Seite begangenen culpa auferlegt werden, sondern es liegt vielmehr dem Kläger ob, darzuthun, daß es nicht thunlich war, die Wechsel zeitig einzufordern.

Zwar möchte man, den vorliegenden Umständen nach, da beide Wechsel bereits am 9. Juli auf Lindau, von diesem aber erst am 17. Septbr., also nach dem ursprünglichen Verfalltage, weiter indossirt, unterdessen aber, wo es doch bekannt war, daß der zwischen den Alliirten und den Franzosen abgeschlossene Waffenstillstand am 16. August ablaufen würde, nach Hamburg nicht befördert waren, da die Prima jener Wechsel von demselben Indossaten damals nach Lübeck und Hamburg eingesandt wurden und derselbe, der zu der Zeit einen Wechsel auf Hamburg annahm, sich auf keinen Fall mit einer etwanigen Unterbrechung des regulairen Postenlaufs entschuldigen kann, sondern unter den damaligen Umständen auch indirecte, nicht verbotene, Communicationen benutzen mußte, um die Wechsel zur gehörigen Zeit nach Hamburg zu schaffen: — nach allem diesem möchte man geneigt sein, als be-

reits erwiesen anzunehmen, Lindau habe damals, wenigstens vor dem November, wo erst die Bank genommen wurde, die Secunda jener Wechsel nach Hamburg gelangen lassen können, mithin, da er dieses nicht gethan, sich eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen. Dennoch aber mußten die Kläger zu dem im Urtheile normirten Beweise annoch zugelassen werden, da sie die Unmöglichkeit der Einsendung behauptet haben und es sehr wohl sein kann, daß besondere Verhältnisse und Umstände es für den derzeitigen Inhaber unthunlich machten, die Wechsel vor der Wegnahme der Bank nach Hamburg gelangen zu lassen.

Wenn nun gleich in diesem Puncte die vorige Sentenz zu ändern war, so mußte sie doch eventualiter in allen übrigen Puncten lediglich bestätigt werden."

IV. (7.)

Ehefrau Kavelmaker contra maritum.

Der Schiffer Michael Kavelmaker in Lübeck, welcher sich im Jahre 1796 mit der Catharina Margaretha geb. Möhrberg daselbst verheirathet und mit derselben außer manchen Pretiosen, Leinenzeug, Hausgeräth ꝛc. an baarem Gelde circa 7500 ℔ in die Ehe bekommen hatte, entschloß sich im Jahre 1819, das Schiffergewerbe aufzugeben und im Holsteinischen eine Landstelle anzukaufen.

Da seine Ehefrau sich weigerte ihm dahin zu folgen, bequemte er sich, nachdem ihr mit seiner Zustimmung am 20. August 1819 ein Curator beigeordnet worden, am 21. August zur Abschließung einer schriftlichen Vereinbarung mit ihr, worin

„er ihr zusicherte, daß sie das ihm eigenthümlich gehörige Haus in Lübeck für 5000 ℔ Cour. be-

halten solle, und daß er sich aller Ansprüche an sie während der Ehe begebe, ihrerseits dagegen allen Alimentations- und sonstigen Prätensionen an den Ehemann entsagt ward.“

In Folge dieser Vereinbarung ward auch das besagte Haus in öffentlicher Audienz verlassen, der zur Vollziehung der Umschrift erforderliche Consens aber von dem Ehemanne an die Bedingung geknüpft, daß seine Ehefrau c. cur. ihm für ihr Ererbtes und Eingebrachtes quittire, während sie das Haus c. p. nur als einen theilweisen Ersatz ihres Eingebrachten angesehen wissen und nur dahin quittiren wollte: „daß sie das Empfangene auf ihr Eingebrachtes erhalten.“

Als nun die Ehefrau ihren Ehemann gerichtlich auf Vollziehung der gedachten Zuschrift belangte, ward sie vom hiesigen Niedergericht am 26. Februar 1820 mit ihrer Klage abgewiesen:

„weil die Vereinbarung vom 21. Aug. 1819 blos den fernern Aufenthalt und Unterhalt beider Ehegatten reguliren solle, die übrigen ehelichen Verhältnisse unberührt lasse und also über seinen Zweck hinaus nicht gedeutet werden könne.“

Dies von der Klägerin angefochtene Erkenntniß ward vom Obergericht im Novbr. 1820 pure und vom O.-A.-Gericht unter'm 30. April 1821 in der Hauptsache ebenfalls, jedoch unter Vergleichung der Kosten aller drei Instanzen, und zwar vom O.-A.-Gericht aus folgenden Gründen bestätigt:

Die Veranlassung des am 21. August 1819 zwischen den streitenden Eheleuten abgeschlossenen Vertrages lag, wie darin ausdrücklich bemerkt ist, in der Weigerung der Klägerin, dem veränderten Wohnsitz ihres Ehemannes zu folgen, und nur unter der Voraussetzung eines getrennten Lebens der Eheleute ist der ganze Vertrag geschlossen worden; ja es möchte sogar der im 5ten Artikel ausgesprochene wechselseitige Verzicht auf alle Prätensionen während der Ehe, in Gefolge dessen der Klägerin die in den frühern Artikeln enthaltenen Zu-

geständnisse bewilligt worden sind, von den Paciscenten mit darauf bezogen und folglich die Aufhebung ihres persönlichen Verhältnisses von ihnen als eigentlicher Gegenstand des Vertrages mit angesehen worden sein. Da nun aber gültiger Weise ohne Concurrenz des Gerichts eine Trennung zwischen Eheleuten nicht verabredet werden kann, also jene Vereinbarung auf einer nichtigen Basis beruhet, und der Beklagte jeden Augenblick verlangen kann, daß die Klägerin seinem jetzigen Wohnsitze folge: so ergiebt sich daraus zugleich die Unverbindlichkeit der übrigen hievon abhängigen Bestimmungen des Vertrages, und der Klägerin steht das Recht nicht zu, die Vornahme eines Geschäfts vom Beklagten zu verlangen, wozu nur dieser Vertrag sie befugte.

Auch kann die Einrede der Nichtigkeit für verspätet nicht geachtet werden, weil die Nichtigkeit des vorliegenden Vertrages von der Art ist, daß sie durch einen Verzicht nicht geheilt, also auch noch in jeder Lage des Rechtsstreits geltend gemacht werden kann.

Unter diesen Umständen kann es nicht darauf ankommen, ob die Absicht des Beklagten bei dem bewußten Vertrage darauf gerichtet war, das fragliche Haus der Klägerin eigenthümlich zu übertragen, welche Absicht allerdings daraus, daß er ihr dasselbe bereits verlassen hat, hervorgeht.

Wenn nun gleich hiernach die Bestätigung des vorigen Urtheils erfolgen mußte, so war es doch aus andern Gründen, als auf welche die vorigen Erkenntnisse gebaut waren, zu confirmiren, und es erforderte daher die Billigkeit gegen die Appellantin, die sämmtlichen Kosten dieses Rechtsstreits zu vergleichen.

V. (9.)

Debit-Masse-Inspectionen und Edictalladungen in solchen Massen betr.

In Lübeck ist allmählig für die Regulirung kaufmännischer Massen, deren Insolvenz ausgemacht oder drohend, oder deren status wenigstens zweifelhaft ist, ein Verfahren in Uebung gekommen, welches sich von den sonst üblichen Proceduren unterscheidet.

Wenn Kaufleute, wenigstens für den Augenblick, die auf sie andrängenden Gläubiger nicht befriedigen können, so veranlassen sie ein Paar derselben, alle übrigen bekannten Gläubiger, insofern diese persönlich oder durch Bevollmächtigte anwesend sind, zusammenzurufen, worauf dann eine sogenannte Inspection, d. h. ein durch Uebereinkunft näher bestimmtes Verfahren eintritt, wodurch das Interesse der Gläubiger mit möglichster Schonung des Gemeinschuldners bezweckt wird.

Es werden sogenannte Inspectoren gewählt, welche ohne Mitwirkung obrigkeitlicher Behörden nach der getroffenen Uebereinkunft verfahren, zu deren Genehmigung sie die auswärtigen oder sonst etwa bisher nicht beigetretenen Gläubiger einladen, weil nach der Analogie des art. 13 Lib. III. Tit. 1 Statut. jedem einzelnen Gläubiger ein Widerspruchsrecht beigelegt wird.

Als dies Verfahren zuerst häufiger vorkam, ward solches von den Gerichtsherren dem Senate angezeigt, worauf denselben mittelst Decrets vom 6. Juni 1810 aufgetragen ward, in solchen Fällen als die ordentlichen Concursrichter ihr Amt durch Aufsicht und etwa nöthige Verfügung zum Besten der Gläubiger wahrzunehmen, übrigens aber unter Umständen mit aller möglichen Schonung zu verfahren.

Bald darauf fanden die Gerichtsherren sich veranlaßt, über die nach Anleitung lib. V. tit. 12 art. 3 Stat. bis dahin in Concursfällen nur mit dem Termin Eines Jahres und Tages erlassenen, jetzt aber von den Inspectoren mit dem in andern Fällen gebräuchlichen Termin einer doppelten sächsischen Frist gebetenen Proclamata eine weitere Instruction einzuziehen, worauf das Decret vom 25. Juli 1810 erfolgte, welches die Gerichtsherren ermächtigte: daß sie in sogenannten Inspectionsfällen, wobei ihre Aufsicht eingetreten und wobei sie sich insbesondere versichert haben würden, daß die Handlungsbücher in gehöriger Ordnung seien, auf den Antrag des Schuldners und dessen Inspectoren die Gläubiger per Edictales mit dem Termin einer doppelten sächsischen Frist zusammen zu rufen gestatten möchten; jedoch sei das Proclam nicht bloß in den Hamburger Zeitungen, sondern auch in den Intelligenzblättern der Orte, wohin es gesandt werde, bekannt zu machen. Die Angaben würden bei dem Procurator, welcher es extrahire, erfolgen. Auch möge das Gericht erlauben, daß nach Ablauf jener Ladungsfrist, falls ein allgemeiner Vergleich Statt gefunden, Vertheilung und Berichtigung der Masse demgemäß beschafft werde, jedoch nachdem zuvor der implorirende Procurator angezeigt, welche Gläubiger sich gemeldet, und der Schuldner eidlich erhärtet, daß er, außer den dem Gerichte und seinen Inspectoren bekannten Gläubigern, sonst keine Gläubiger habe.

Als sich in der Folge ergab, daß es dem hiesigen Creditwesen förderlich sein möchte, die Verordnung des Stadtrechts lib. V tit. 12 art. 3, wornach die Güter eines Fallit en allen Creditoren zum Besten Jahr und Tag liegen bleiben sollen und den dadurch erforderten langen Lauf der Concursproclamata abzukürzen, geschah deshalb ein Gesetzesvorschlag von Seiten des Senats an die Bürgerschaft: derselbe hatte aber nur den in der

V. v. 22. März 1817

ausgesprochenen Erfolg, daß künftig

1) in allen bei'm Landgericht vorkommenden Concurſen eine Anmeldungsfriſt von 12 Wochen genügen und

2) daſſelbe von denjenigen Concurſen bei'm Stadtgericht gelten ſolle, wobei kein förmliches Proclam, ſondern nur eine Notification zur Aufforderung der Gläubiger erlaſſen werde.

Der Unterſchied des Proclams von der Notification beſteht aber weſentlich darin, daß dieſes nur hier und im hieſigen Wochenblatt bekannt gemacht wird, während jenes in dreier Herren Landen publicirt werden muß, mithin allemal Statt findet, ſobald es irgend wahrſcheinlich iſt, daß Auswärtige ein Intereſſe haben können, ſich zu melden.

Als nun im Anfang des Jahres 1821 ein hieſiger nicht unwohlhabender Kaufmann N. N. durch plötzlichen Andrang mehrerer Gläubiger in augenblickliche Inſolvenz gerieth und ſich nach Zuſammenberufung ſeiner Gläubiger, obgleich ſeine ordentlich geführten Handelsbücher einen Ueberſchuß der Activa von 107,625 ℳ ergaben, die Beſtellung einer Inſpection gefallen ließ, wurde nach geſchehener Inventur und Ableiſtung eines ſchriftlichen Manifeſtations-Eides ſowie nach ertheilter niedergerichtlicher Autoriſation der Inſpectoren, die Adminiſtration der Maſſe des mittlerweile am 16. Jan. j. J. verſtorbenen N. N. salvo jure creditorum fortzuſetzen, von der Wittwe cum cur. und den Inſpectoren bei'm hieſigen Niedergericht auf

Erlaſſung eines hieſelbſt, zu Hamburg und zu Wismar zu affigirenden, auch in Zeitungen und Intelligenzblättern gehörig zu publicirenden Proclams angetragen, wodurch alle Gläubiger des defuncti, welche auf der beigelegten, nach der Priorität förmlich claſſificirten und auf der Gerichtsſtube zu Jedermanns Einſicht niederzulegenden Deſignation der Gläubiger gar nicht oder nach ihrer Meinung nicht richtig aufgeführt ſeien, ſchuldig erkannt würden, ſich mit ihren Forderungen innerhalb gedoppelter ſächſiſcher Friſt bei dem implorantiſchen Anwalde

gegen Empfang eines Anmeldungsscheins, im Fall des Widerspruchs aber im Niedergericht anzugeben, idque sub praejudiciis praeclusi et perpetui silentii."

Das Niedergericht bewilligte zwar das Proclam cum termino einer doppelten sächsischen Frist, verweigerte aber, demselben den Rechtsnachtheil der Ausschließung anzuhängen, indem das Statut den Gläubigern einer Schuldmasse eine Frist von Jahr und Tag zur Wahrnehmung ihrer Rechte und zur Anmeldung einräume, diese Anmeldungsfrist in Beziehung auf Debitmassen von solcher Bedeutung, als die in Frage stehende, durch die V. vom 22. März 1817 auf's Neue bestätigt sei und Inspectionen von Schuldmassen nicht zum Mittel gebraucht werden dürften, die Gesetze zu umgehen und den Gläubigern die ihnen dadurch zugesicherten Befugnisse zu entziehen. Auf eingewandte Appellation bestätigte das Obergericht mittelst Decrets vom 1. März 1821 den Spruch des Niedergerichts, und nachdem die Wittwe c. cur. unter dem Beitritt der Inspectoren das Rechtsmitel der Oberappellation ergriffen und prosequirt hatte, erkannte das O.-A.-Gericht unter'm 8. Mai 1821:

„daß zwar das Gesuch der Appellanten wegen Androhung des Rechtsnachtheils der Ausschließung und des ewigen Stillschweigens nicht Statt habe, dagegen aber ihnen unbenommen bleibe, sich wegen der Androhung eines andern angemessenen Präjudizes bei Erlassung der ihnen bereits gestatteten Edictalen an Richter erster Instanz zu wenden, an welche zu dem Ende die Sache zurückzuverweisen."

In den Entscheidungsgründen heißt es:

Die von den Appellanten gebetene Edictalladung konnte:

1) in Rücksicht der von ihnen angetragenen und von den Gerichtsherren auch bereits gestatteten Anmeldungsfrist kein Bedenken finden.

Denn auch abgesehen von dem Gerichtsgebrauche, welcher, nach den von Appellanten beigebrachten früheren Proclamaten beurtheilt, allerdings weiter geht, als bewährte Rechtsgrundsätze gestatten und insofern keine Rücksicht verdient, so ist:

a) in Ansehung des Antrages der N. N. Wittwe nach dem am 5. Oct. 1746 publicirten und in der anno 1756 herausgegebenen Sammlung S. 39 auf's Neue bekannt gemachten „Gemeinen Bescheide" ein Proclam wegen der Creditoren ihres verstorbenen Ehemannes cum termino einer doppelten sächsischen Frist vollkommen zulässig. Zwar könnte hier ein zwiefaches Bedenken entstehen, einmal, daß im vorliegenden Falle die beerbte Wittwe ohne Theilnahme ihrer Kinder auf die Edictalen angetragen hat, und zweitens, daß zu ihrem Schutze ein anderes Mittel, als die gerichtliche Provocation der Gläubiger, nemlich das Bergen und Dachdingsauftragen, gesetzlich vorgeschrieben ist.

Stat. Lub. L. 3 Tit. 1 art. 10.

Allein, wenn gleich es ganz zweckmäßig gewesen wäre, daß man auch von Seiten der Kinder an der Bitte um Edictales Theil genommen hätte, so liegt in dem Mangel dieser Theilnahme doch kein Grund, den Antrag der Wittwe, die ein eignes und vorzügliches Interesse dabei hat, zu verwerfen. Auch soll das Proclam durchaus nicht die Stelle des Dachdings vertreten, sondern nur zu der Gewißheit führen, ob die Wittwe wirklich in dem Falle sei, zu diesem in mancher Hinsicht sehr drückenden Rettungsmittel zu schreiten.

Aber auch

b) von Seiten der Inspectoren der Gütermasse konnte mit allem Recht auf ein Proclam cum termino einer doppelten sächsischen Frist angetragen werden, da das decret. Senat. Lub. de 25. Juli 1810 ihnen diese Befugniß ausdrücklich gestattet.

Soviel nun

2) das anzudrohende Präjudiz betrifft, so ist es freilich weder mit dem Zwecke einer Edictalladung noch mit der Würde des richterlichen Amtes verträglich, ein förmliches Proclam

ohne Androhung irgend eines Nachtheils für die Ausbleibenden zu erlassen. Gleichwohl konnte der auf die Drohung der poena praeclusi et perpetui silentii gerichteten Bitte nicht Statt gegeben werden.

Denn soviel zunächst das perpetuum silentium betrifft, so sollte dasselbe in Fällen vorliegender Art überhaupt niemals angedroht werden.

Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens, § 257 not. 6.

Die Präclusion aber in der gebetenen Allgemeinheit ist schon deswegen unzulässig, weil das außerordentliche und mit vieler Vorsicht anzuwendende Mittel einer provocatio ad agendum nicht dazu gemißbraucht werden darf, die gesetzliche Verjährungszeit durch Hülfe des Richters willkührlich abzukürzen, weshalb es da, wo es überhaupt zulässig ist, niemals einen größern Nachtheil drohen und zufügen darf, als der vorliegende Zweck unumgänglich erfordert, und weil im Falle einer Inspection doch mit den unbekannten Gläubigern, die sich ad proclama melden, wenigstens nicht härter verfahren werden darf, als wenn ein förmlicher Concurs eröffnet wäre, wo dann die Ausschließung der präcludirten Gläubiger, und zwar erst nach abgelaufenem Jahre und Tage, sich auf die Concursmasse beschränken würde.

Demnach ist von Seiten des Obergerichts mit Recht der Bescheid der Gerichtsherren, wodurch die Bitte um Androhung der poena praeclusi et perpetui silentii verweigert worden, bestätigt; auch konnte vom Obergericht ebensowenig, als in dieser Instanz, ein anderes Präjudiz sofort bestimmt werden, obgleich die Appellanten jetzt ihren ursprünglichen Antrag selbst aufgegeben und einen andern an dessen Stelle gesetzt haben. Es gehört nemlich die Erlassung der Edictalen, mithin auch die Bestimmung des den Ausbleibenden anzudrohenden Nachtheils zur Competenz des Richters erster Instanz, welcher, nach seiner nähern Kenntniß der Verhältnisse, auch am meisten geeignet ist, das Präjudiz nach dem Bedürfnisse und

Zwecke der Ladung und doch auf die möglichſt milde Weiſe für die Provocaten auszuſprechen.

Dahingegen haben wir es nöthig erachten müſſen, die Zuläſſigkeit eines andern angemeſſenen Präjudizes bei Erlaſſung des gebetenen Proclams im Urtheile auszuſprechen, da die Appellanten ihren Antrag jetzt allgemein auf Androhung eines Präjudizes gegen die Ausbleibenden gerichtet, die Gerichtsherren aber, von abweichenden Anſichten geleitet, ſich dahin erklärt haben, daß die gebetenen Edictalen entweder ohne das praejudicium praeclusi, oder nur cum termino Jahres und Tages zu geſtatten ſeien, mithin den dritten Fall, der Androhung eines angemeſſenen Präjudizes unter Beibehaltung des Termins einer doppelten ſächſiſchen Friſt, überall nicht zulaſſen wollen. Dies Nemliche ergibt ſich ſchon aus dem Beſcheide vom 10. Febr. d. J., denn ſonſt würden ſie ſich nicht auf die Weigerung, dem Proclam den Rechtsnachtheil der Ausſchließung anzuhängen, beſchränkt, ſondern ſich ihrer Befugniß bedient haben, das Präjudiz ſofort anders, wie gebeten, und ſowohl den Rechten, als der Lage der Sache angemeſſen, zu beſtimmen.

Nibler, über die Edictalcitationen in Gegenſtänden des Civilrechts. 1817. S. 18.

Haaſe, über Edictalladungen und Edictalproceß ꝛc. 1817. S. 30 ff. S. 164 ff.

Zunächſt ſind jene Anſichten darum nicht für richtig zu halten, weil ungeachtet der bisherigen Praxis bei Sterbfällen auf die Befugniß der N. N'ſchen Wittwe und den gemeinen Beſcheid vom 5. Oct. 1746 gar keine Rückſicht genommen worden iſt, obgleich die Entſcheidung vom 3. Febr. d. J. beſtimmt ausſpricht, daß zur Zeit noch keine Inſolvenz der Gütermaſſe zu befürchten ſtehe. Konnten nun auch die Gläubiger des verſtorbenen N. N., indem ſolche von deſſen Wittwe cum termino einer doppelten ſächſiſchen Friſt öffentlich vorgeladen wurden, nicht mit dem Präjudiz einer völligen Ausſchließung im Falle des Ausbleibens bedroht werden, ſo war es doch den Rechten nach ganz zuläſſig, auf die Drohung zu

erkennen, daß die Wittwe den Ausbleibenden mit dem etwa künftig ihr anfallenden Vermögen nicht verantwortlich sein solle.

Aber auch in Hinsicht auf den Antrag der Güter-Inspectoren war dem mit Unrecht gebetenen Präjudiz sofort ein anderes zu substituiren, und zwar dasjenige, welches in dem Senatsdecrete vom 25. Juli 1810 bestimmt genug angedeutet ist, nemlich, daß die Güter-Inspectoren nach Ablauf der gesetzten Frist ermächtigt sein sollen, die von ihnen anerkannten oder gehörig angemeldeten Gläubiger zu befriedigen. Die Herren des Gerichts sind nach ihrer Stellung zum Senat an diese, ohnehin von ihnen selbst veranlaßte und im vorliegenden Falle von Niemand bestrittene Vorschrift gebunden, deren Rechtsverbindlichkeit und Zweckmäßigkeit ohnehin nicht zu bezweifeln ist. Denn obgleich allerdings Concursmassen nach dem Lübschen Statute zu Jedermanns Rechte Jahr und Tag liegen bleiben müssen,

lib. V, tit. 12 art. 3

und obgleich die Praxis, durch gesetzliche Sanction bestätigt, hiernach den Zeitraum für den Lauf der Concursproclamata, zumal bei kaufmännischen Fallissements, auf Jahr und Tag bestimmt hat,

V. v. 22. März 1817

so leiden diese Vorschriften doch hier keine Anwendung, wo überall kein wirklicher Concurs vorhanden, ja nach dem eigenen Zeugniß der Gerichtsherren, auch ohne Rücksicht auf die bereits bethätigte Nachsicht der Gläubiger, nicht einmal zu befürchten ist. Ueberdies liegt es klar am Tage, daß durch die beiden Decrete vom 6. Jun. u. 25. Jul. 1810 die bestehenden Gesetze über das eigentliche Concurswesen nicht geändert sind, sondern daß der Senat sich darauf beschränkt hat, vermöge der ihm verfassungsmäßig zustehenden Oberaufsichts- und Justizgewalt das Benehmen des Richters in Fällen, da Schuldner und Gläubiger sich zur Vermeidung eines förmlichen Concurses gütlich vereinbaren, näher zu bestimmen und dabei, ganz zweckmäßig, die beiden leitenden Principe

festzusetzen, daß auf der einen Seite für die abwesenden Gläubiger zweckmäßig gesorgt, auf der andern aber auch mit aller thunlichen Schonung verfahren werde. Ersteres wird insbesondere durch die Ueberzeugung, daß die Handelsbücher ordentlich geführt worden, und durch das Proclam einer doppelten sächsischen Frist bewirkt. Letzteres aber, die anempfohlene Schonung, gehört ohnehin zur Pflicht des Concursrichters, welcher nicht ohne genügende Veranlassung zur Eröffnung eines Concurses schreiten darf, vielmehr auf alle Weise dahin streben muß, die Gläubiger zur Güte und Nachsicht zu vermögen, um sowohl sie selbst gegen die Kosten und Weitläuftigkeiten eines förmlichen Concursverfahrens zu sichern, als den Gemeinschuldner der traurigen Nothwendigkeit zu überheben, das flebile beneficium cessionis bonorum ergreifen zu müssen.

arg. L. 8 Cod. qui bonis cedere possunt.

Grolman a. a. O. § 249.

Dabelow's Lehre vom Concurs der Gläubiger (1801) S. 518 ff.

Zwar verfügt das Decret vom 25. Juli 1810, daß der unter Inspection stehende Schuldner vor der Vertheilung und Berichtigung der Masse annoch eidlich erhärten solle, daß er außer den, vom Gerichte und seinen Inspectoren bekannten Gläubigern sonst keine Gläubiger habe; allein hieraus folgt für den Fall, da der Schuldner während der Inspection stirbt, nichts weiter, als daß die zur Aufsicht verpflichteten Gerichtsherren nun auf andere, ganz wohl mögliche Weise zu der Bestätigung gelangen müssen, welche sonst der Eid des Schuldners gewährt hätte und wobei man unter Voraussetzung regelmäßiger Handlungsbücher und der Erlassung eines Proclams eben nicht schwierig sein darf.

Freilich können Inspectores nach abgelaufenem Proclam ohne die, kaum denkbare Zustimmung aller bekannten Gläubiger die Masse nicht prioritätsmäßig vertheilen, sondern es würde, wenn die Masse zur Befriedigung dieser Gläubiger nicht hinreichen oder kein Nachlaßvertrag mit denselben in Güte

zu Stande kommen sollte, der förmliche Concurs eröffnet, ein neues Proclam ausgebracht werden und die Masse Jahr und Tag liegen bleiben müssen, um dem Statut zu genügen. Allein es ist auch von den Appellanten nicht erklärt, daß sie von diesem, nach dem Zeugnisse der Gerichtsherren in andern Fällen wirklich beobachteten Verfahren abweichen wollen. Da indessen die im Postenzettel, übrigens nicht unzweckmäßig, gewählte Ordnung der Priorität leicht gemißdeutet werden könnte, so wird es die Vorsicht erfordern, nur denjenigen Gläubigern eine Angabe zuzumuthen, welche der Summe nach nicht richtig aufgeführt sein sollten.

Es hat daher in aller Rücksicht das Erkenntniß sich darauf beschränken müssen, die Appellanten, so wie geschehen, zu neuen Anträgen an die Richter erster Instanz zu veranlassen, welche Anträge allerdings auch ohne vorgängige Appellation und Anweisung des höhern Richters möglich gewesen wären, da hier von einer Rechtskraft nicht die Rede sein kann.

Gönner, Handb. des Proz. 4. Bd. Nr. 45 § 3, 4, 16.

VI. (10.)

Otzen contra Dettmer.

Der Kaufmann J. C. H. Dettmer in Lübeck beorderte im März 1819 von dem Matth. Otzen zu Bergen eine Parthie von 900—1000 Tonnen Heringe bester Qualität (so gut wie sie zu haben wären), mit der Limitation, daß die Waare an Franz Merkel in Riga abgeschickt, ihm, dem Committenten, das Connossement, an Ordre lautend, eingesandt und der Betrag mittelst Wechsel auf Schwarz & Rettich in Hamburg, nach drei Monat zahlbar, entnommen werden solle. M. Otzen ließ darauf am 1. Mai 1819 1150 T.

Heringe (diese Ueberschreitung ward später von Seiten Dettmer's genehmigt) für Rechnung und Risico des Committenten an Merkel in Riga verladen und sandte ein zweites auf Ordre gestelltes Connossement zugleich mit dreien auf Schwarz & Rettich in Hamburg gezogenen Wechseln zu dem Gesammtbelauf des Preises der Waare von 11,439 ℔ Bco. an v. d. Smissen Söhne in Altona mit dem Auftrage ein, nach erreichter Acceptation der Wechsel das Connossement an J. C. H. Dettmer, im Fall der Nichtannahme aber solches indossirt an Kriegsmann & Co. in Riga zu übermachen, welcher Letztere davon mit dem Ersuchen avertirt war, in jenem unverhofften Fall das Interesse des Absenders wahrzunehmen.

Das vom 3. Mai datirte Schreiben an v. d. Smissen Söhne langte erst am 18. Mai in Altona an, und da inzwischen Schwarz & Rettich fallirt hatten, so besorgten v. d. Smissen Söhne ohne Weiteres die Assecuranz und verlangten von Dettmer die Aufgabe eines Hauses, welches die Wechsel für seine Rechnung in Schutz nähme, indem sie hinzufügten, dies Haus müsse von allgemein anerkannter Solidität sein, da in dermaliger kritischer Lage der Dinge nur Häuser ersten Ranges als völlig sicherstellend zu betrachten wären.

Dettmer antwortete am 19. Mai: es befremde ihn die Vorenthaltung des ihm directe zu übersenden gewesenen Connossements, so wie die Besorgung der Assecuranz ohne seinen Auftrag und das Verlangen der Intervention durch Häuser ersten Ranges, da das Geschäft unter seinem Namen gehe. Uebrigens habe Franz Merkel in Riga halben Theil an dem Geschäft und mit dessen Geschäftsträger Holste in Hamburg habe er verabredet, daß Jeder für die Intervention seiner Hälfte sorgen solle. Demnach offerirte Dettmer Tratten für die Hälfte des Belaufs auf Schlingemann in Hamburg, während Holste für die 2te Hälfte Walcke & Co. daselbst als Intervenienten anbot.

Am 22. Mai lehnten v. d. Smissen Söhne diese Offerten mit dem Bemerken ab, daß sie von Otzen nur zur Geneh-

migung eines reinen Accepts ermächtigt und daß sie Herrn Schlingemann's Accept für den ganzen Belauf anzunehmen erbötig seien. Nachdem hierauf Dettmer schon unter'm 23sten brieflich sich gegen das obige Verfahren verwahrt und v. d. Smissen Söhne für allen daraus erwachsenden Schaden verantwortlich gemacht hatte, ließ er am 26. Mai gegen v. d. Smissen Söhne, welche auf ihrer ausgesprochenen Weigerung beharrten, notarialiter Protest erheben, in welchem er sich von der ganzen Unternehmung lossagte und sowohl v. d. Smissen Söhne als Otzen für allen ihm aus der Vorenthaltung des Connossements entstehenden Nachtheil verantwortlich machte. Zugleich ersuchte er sie schriftlich, ihm die gehabte Auslage für Sundzoll und Briefporto mit 180 ℔ Bco. zu ersetzen.

Auf desfallsige Vorfrage von Seiten v. d. Smissen Söhne genehmigt Otzen die Erstattung jener Auslage und entschuldigt in einem Schreiben vom 16. Juni an Dettmer die getroffenen Maßregeln mit der Größe des Capitals und der anfänglichen Besorgniß, die Waare wegen überschrittener Ordre auf seine Rechnung fallen zu sehen, indem er jedoch nunmehr — nachdem die Ueberschreitung der Ordre nachträglich genehmigt worden — für den Fall, daß Dettmer gegen Empfang der Ladung in natura den Betrag zu vergüten Anstand nehmen sollte, sich seine Ansprüche auf Schadenersatz vorbehält.

Bereits unter'm 3. Mai hatte nun Otzen bei Uebersendung des einen Exemplars des Connossements an Merkel in Riga geschrieben: „daß die Verladung nach Auftrag und für Rechnung von Dettmer geschehen," welchem ein durch Otzen indossirtes Connossement zugehend sei, weshalb er bitte, dessen Verfügungen über die Ladung zu verfolgen, wenn er ihm (Merkel) das Connossement zusende. Dabei war hinzugefügt: wie für den Fall, daß die Tratten für den Belauf der Ladung durch Dettmer nicht gehörig geschützt würden, die Veranstaltung getroffen sei, daß das Connossement zu Otzen's Sicherheit an Kriegsmann & Co. in Riga gehe.

Nachdem darauf das Schiff mit obiger Ladung am 4. Mai von Bergen abgegangen und nach einer schnellen Fahrt schon gegen Mitte Mai in Riga angelangt war, ward die Waare daselbst von Merkel empfangen und bereits am 26. Mai (vor Eingang des 2ten Connossements) — angeblich über dem Börsenpreise — verkauft. Als inzwischen das unter'm 21. oder 22. Mai von v. d. Smissen Söhne an Kriegsmann & Co. in Riga abgesandte 2te Connossement bei ihnen eingetroffen war und letztere notarialiter, unter eventuellem Protest, die Herausgabe der Heringe von Merkel begehrten, erwiderte dieser: daß er im Auftrage des Lübecker Committenten die Ladung Heringe, unter den obwaltenden Umständen und weil die Liegetage des Schiffers abgelaufen, habe entlöschen und verkaufen müssen, daß er jedoch erbötig sei, den Netto-Ertrag, nach Abzug der Fracht und aller übrigen Kosten, an die Herren Kriegsmann & Co., unter Vorbehalt der etwanigen Schadensansprüche seines Committenten, auszukehren. Kriegsmann & Co. acceptirten diese Offerte und nahmen am 12. Juli die Zahlung von 4121 S.-Rubel 83 Cop. nach Abzug der Kosten, und namentlich des Sundzolls, entgegen, worauf sie darüber ohne Vorbehalt quittirten.

Hierauf klagte am 30. Oct. 1819 der Absender Otzen gegen Dettmer auf das residuum, welches er zu 3514 ℔ 10 ß (salvo errore calculi et omiss.) angab, nebst Verzugszinsen und Kosten. Beklagter excipirte:

1) der Vertrag sei nicht erfüllt, da das Connossement nicht an ihn, sondern an v. d. Smissen Söhne geschickt sei;
2) Kläger habe den Contract wieder aufgehoben, indem
   a) dessen Mandatare selbst die Assecuranz besorgt und über das Connossement anderweitig verfügt;
   b) auch dem Beklagten, nachdem selbiger sich von dem Contracte losgesagt, den ausgelegten Sundzoll ersetzt hätten;
   c) des Klägers Mandatare in Riga das Netto-Provenu der Ladung für seine Rechnung ohne Vorbehalt entgegengenommen hätten.

3) Eventualiter sei statt der beorderten vorzüglichen ganz außerordentlich schlechte Waare geliefert, wofür reconveniendo Schadenersatz, salva liqu. gefordert werde.

4) Jedenfalls stehe dem Kläger die except. plus-petitionis entgegen, da er nur 3722 S.-R. statt der empfangenen 4121 S.-R. 83 Cop. abgerechnet habe.

Nach gewechselter Re- und Duplik, worin die Parteien das pro et contra näher erörterten, ward Kläger mittelst Niedergerichts-Erkenntnisses vom 2. Sept. 1820:

„mit seiner Klage abgewiesen, es wäre denn,
„daß er beweisen könnte, daß er nach dem
„zwischen ihm und dem Beklagten bestande-
„nen Rechtsverhältnisse pflichtig gewesen
„sei, letzterm den Sundzoll zu erstatten und
„daß die Wechsel von Bergen auf Hamburg
„gewöhnlich auf 3 Monate gezogen würden,
„worauf dann wegen Klage, Widerklage und
„Kosten weiter ergehen solle, was Rechtens."

Die Gründe dieser Entscheidung, welche vom Obergericht unter'm 1. März 1821 und vom O.-A.-Gericht unter'm 20. Juli 1821 pure und zwar unter Verurtheilung des Klägers in sämmtliche Kosten bestätigt ward, finden ihre Würdigung in nachfolgenden, dem Urtheile dritter Instanz beigefügten Entscheidungsgründen:

„Die vorigen Erkenntnisse in dieser Sache sind darauf
„gestützt: es sei das in Frage stehende Geschäft als durch
„beiderseitige Einwilligung wieder aufgehoben anzusehen,
„wenn der Kläger nicht im Stande sein sollte, den ihm
„nachgelassenen (oben erwähnten) Beweis zu führen.

„Dabei ward vorausgesetzt, daß von dem Beklagten
„eine bestimmte Erklärung, den Vertrag aufheben zu
„wollen, ertheilt, von Seiten des Klägers aber die Zu-
„stimmung durch Handlungen zu erkennen gegeben sei,
„indem die Erstattung des Sundzolls, die Vorenthaltung
„des für den Beklagten bestimmten Connossements und
„die Annahme der Netto-Provenu der Waare in Riga,

„falls der nachgelassene Beweis nicht geführt werden sollte, „keine andere Deutung gestatteten. Insbesondere sei das „Zurückhalten des Connossements und das Aneignen des „Ertrags der Waare auf Seiten des Klägers nur in „dem Falle anders und zwar als bloße Sicherheits- „maßregel zu erklären, wenn derselbe gegen Baarzahlung „verkauft habe, welches anzunehmen, wenn die Wechsel „von Bergen auf Hamburg gewöhnlich auf drei Monate „gezogen würden."

Diesen Gründen und Folgerungen haben Wir nicht beitreten können. Denn obgleich es aus den vom Kläger angeführten Gesetzen nicht folgt, daß eine Uebereinkunft der Parteien, sich gegenseitig ihrer Verbindlichkeiten zu entschlagen, schon deshalb nicht vorhanden oder nicht gültig sein könne, weil Merkel in Riga die Waare wirklich empfangen, ja sogar wieder verkauft habe,

l. 58 4. D. de pactis (2, 14) l. 1. Cod. quando licet (4, 45)

so fehlt es doch offenbar an der vorausgesetzten Uebereinkunft selbst, wenn auch die nachgelassenen Beweise nicht geführt werden sollten. Soviel nemlich die Erklärung des Beklagten betrifft, so kann solche nur in dem Notariat-Instrumente d. d. Altona den 26. Mai 1819 und in dem Schreiben Lübeck de eod. dato gefunden werden. In ersterm hat nun zwar der Beklagte sich von der Unternehmung losgesagt, zugleich aber sich wegen des aus der Vorenthaltung des Connossements u. s. w. entstehenden Schadens alle Gerechtsame vorbehalten, welches nicht hätte Statt finden können, wenn seine Absicht gewesen wäre, den Absender aller seiner Verbindlichkeiten aus der ertheilten Commission zu entlassen. In dem gedachten Briefe aber findet sich nichts von einer Aufhebung des Contracts, sondern vielmehr eine Drohung gegen den Absender, welche nur gestützt auf den Vertrag zur Aufführung gebracht werden konnte.

Hieraus folgt schon von selbst, daß der Absender der Waare in eine nicht vorhandene Erklärung auch nicht gewilligt

haben könne. Allein auch unter Voraussetzung der Existenz einer solchen Erklärung würde die Einwilligung des Absenders aus den vorgegangenen Handlungen überall nicht und wenigstens nicht mit Nothwendigkeit zu folgern sein. Hiebei kommt es zunächst auf dessen Einwilligung in die Erstattung des Sundzolls an.

Diese ist aber nach dem darüber vom Kläger beigebrachten Briefe vom 16. Juni 1819 zu beurtheilen, welcher allerdings noch in der Appellations-Instanz vorgelegt werden konnte und dessen Aechtheit der Beklagte nicht widersprochen hat. Daraus ergibt sich nun, daß der Kläger nur unter Vorbehalt des Schadenersatzes in die Rückgabe des Sundzolls gewilligt habe, falls Beklagter den Betrag der Ladung gegen Empfang derselben zu vergüten Anstand nehmen sollte. — Ebensowenig kann daraus, daß v. d. Smissen Söhne in Altona das Connossement einbehalten und daß Kriegsmann & Co. in Riga das Netto-Provenu der Ladung angenommen haben, gefolgert werden, daß der Absender in eine Aufhebung des Vertrages gewilligt habe, denn v. d. Smissen Söhne in Altona haben nach dem Notariats-Instrument vom 26. Mai bestimmt erklärt, daß sie von der Lossagung des Beklagten keine Notiz nehmen könnten, und Kriegsmann & Co. in Riga hatten den Auftrag, wenn ihnen das Connossement eingesandt würde, die Ladung Heringe entgegenzunehmen. Da dies nicht mehr möglich war, nahmen sie das ihnen angebotene Netto-Provenu der Ladung an, um ihren Auftrag, soweit thunlich, auszurichten, woraus sich eine Einwilligung des Klägers in die Aufhebung des Geschäftes um so weniger folgern läßt, da solches auch sehr wohl als bloße Sicherheitsmaßregel gedeutet werden kann.

Ergiebt sich nun überdies aus den Acten, wie es mit der Einwilligung des Klägers in den Ersatz des Sundzolls zugegangen ist, würde, selbst wenn von Bergen auf Hamburg nicht gewöhnlich auf 3 Monat gezogen zu werden pflegt, dennoch nach erfolgter Annahme der Wechsel durch Schwarz & Rettich die Waare sofort das Eigenthum des Ordregebers geworden sein, quia satisfecisset:

§ 14 D. de rer. divis. et acqu. ips. dom. (2, 1)
l. 19. 53. D. de contrah. emt. (18, 1)
l. 5 § 18 D. de tribut. act. (14, 4)

so hat auch von dieser Seite betrachtet das Beweisinterlocut nicht als der Lage der Sache gemäß erachtet werden können.

Dennoch haben Wir, soviel die erste und zweite Beschwerde des Appellanten betrifft, die vorigen Urtheile bestätigen müssen.

Der Beklagte hat nemlich nach Inhalt der Notariats-Urkunde vom 26. Mai 1819 sich bestimmt erklärt, daß er an das fragliche Geschäft nicht weiter gebunden sein wolle.

Betrachtet man nun dies Geschäft als ein Mandat, indem der vom Kläger selbst angeführte Ordrebrief vom 9. März 1819 ausdrücklich den Auftrag enthält, die Ladung Heringe zu kaufen, nach Riga an Merkel zu verladen und ein zweites Connossement an den Ordregeber einzusenden, so ist es klar, daß der Mandatar, indem er das zweite Connossement an v. d. Smissen Söhne in Altona sandte, diese aber seiner Vorschrift gemäß solches dem Ordregeber vorenthielten, die Assecuranz selbst besorgten und endlich das in ihren Händen befindliche Connossement an Kriegsmann & Co. in Riga sandten, den ihm ertheilten Auftrag nicht genau befolgte, weshalb der Mandant sich befugt halten durfte, das vorgegangene Geschäft nicht als das seinige oder als für sich verbindend anzusehen.

L. 5 pr. Mandat. (17, 1).

Der Kläger kann hiegegen auch nicht einwenden, daß er nach ausgebliebenem Accepte der Schwarz & Rettich wohl befugt gewesen sei, durch Zurückhaltung des Connossements für seine Sicherheit zu sorgen; denn so verzeihlich dies auch sein mag, so kann doch im vorliegenden Falle damit die Abweichung vom Mandate nicht in so ferne gerechtfertigt werden, daß der Beklagte nicht befugt gewesen wäre, sich vom Geschäfte loszusagen, zumal, da nach dem wörtlichen Inhalte des vom Kläger selbst beigebrachten Briefes durch die Vorenthaltung des Connossements dem Beklagten die Disposition

über die Ladung, wenigstens nach der Absicht des Klägers, entzogen ward, und da der solvente Beklagte immer der Schuldner des Klägers blieb, dem zunächst dessen Vertrauen diesmal, wie in frühern Geschäften, geschenkt war. — Eine solche Lossagung verträgt sich denn auch ganz wohl mit einem Vorbehalte auf Schadenersatz wegen nicht oder nicht gehörig erfüllten Auftrags.

Will man aber auch das hier vorgegangene Commissionsgeschäft nicht bloß nach den Grundsätzen vom Mandatscontract, sondern, wie es von den Parteien behandelt ist, mehr als einen Kauf oder noch allgemeiner als einen zweiseitigen Vertrag ansehen und die versprochenen Accepte von Schwarz & Rettich mit einer verheißenen Bürgschaft vergleichen, so muß doch zugegeben werden, daß es als Zufall zu betrachten ist, daß die Accepte von Schwarz & Rettich nicht geleistet sind.

In solchem Falle kann es dem einen Contrahenten nicht freistehen, dem andern willkührliche Bedingungen vorzuschreiben, unter denen er nunmehr den Contract zu erfüllen bereit sei; vielmehr ist der Vertrag wieder in den Zustand von Tractaten zurückgegangen, da es dann bei dem Mangel einer neuen Vereinbarung jedem Theile freistehen muß, von dem Geschäfte zurückzutreten. Ist nun hier sogar von Seiten des Klägers die Unterhandlung abgebrochen und in der That er zuerst zurückgetreten, indem v. d. Smissen Söhne schon vor der Lossagung des Beklagten das für ihn bestimmte Connossement an Kriegsmann & Co. in Riga eingesandt haben, so konnte die erfolgte Erklärung des Beklagten, daß er sich von der Unternehmung lossage, unmöglich ihre Wirkung verfehlen. Denn dadurch, daß v. d. Smissen Söhne erwiderten, hievon keine Notiz nehmen zu wollen, konnte die Befugniß des Beklagten eben so wenig vernichtet werden, als durch das willkührliche Verlangen, daß Schlingemann den ganzen Belauf der Heringe acceptiren solle, oder durch das Erbieten, auf solchen Fall annoch in Riga eine andere Disposition treffen zu wollen. Was demnächst in Riga vorging, ist

ebenfalls eine Folge der eigenmächtigen Disposition über das Connossement abseiten des Klägers, und da dessen Commissionaire das Provenu ohne Vorbehalt angenommen haben, so kann er sich auch nicht mehr darauf berufen, daß die Waare schon für Rechnung des Beklagten verkauft gewesen sei, welches ohnehin nach der vom Kläger selbst an Merkel in Riga gegebenen Ordre nicht eher geschehen durfte, als bis Beklagter das 2te Connossement an denselben eingesandt hatte.

Demnach hätte der Kläger sofort abgewiesen werden müssen, und seine Beschwerde, daß der Erfolg seiner Klage annoch von einer Beweisführung abhängig gemacht sei, kann um so weniger für begründet gehalten werden. Es durfte ihm aber auch nach der Lage des Processes diese, einmal erkannte, Beweisführung nicht entzogen werden, weil die vorigen Erkenntnisse für den Beklagten, der weder appellirt noch adhärirt hat, rechtskräftig geworden sind und eine reformatoria in pejus nicht zulässig war.

Denkt man nun die Möglichkeit, daß der nachgelassene cumulative Beweis angetreten und geführt würde, so kommt es ferner darauf an, ob die dritte Beschwerde des Appellanten, daß die Widerklage annoch eventuell berücksichtigt werden solle, für begründet zu halten sei? Der Appellant behauptet nemlich, es hätte die „Widerklage wegen schlechter Lieferung" aus dem Grunde, weil die Waare vorher bereits empfangen und wieder verkauft worden sei, sofort gänzlich zurückgewiesen werden müssen. Allein dies ist ungegründet, man mag das Geschäft als ein Mandat oder als einen Kauf ansehen. Denn auch abgesehen davon, daß Merkel in Riga, nach dem eignen Briefe des Klägers, so lange bis der Beklagte ihm das 2te Connossement eingesandt hatte, eigentlich dem Absender für die Waare verantwortlich war, so verordnet kein Gesetz, daß man deswegen die Klage auf Schadenersatz wegen schlechter Ausrichtung eines Auftrags oder die actio quanti minoris gänzlich aufgeben müsse, weil die beorderte oder gekaufte Waare durch den Commissionair des Mandanten oder Käufers am

entfernten Bestimmungsorte empfangen und wieder veräußert worden sei; mithin muß es bei der gesetzlichen Regel bleiben, wornach jener Anspruch zulässig ist, falls nur die fehlerhafte Beschaffenheit der gelieferten Waare mit Rücksicht auf den Ordrebrief und der verursachte Schade demnächst genugsam erwiesen wird.

Lüdersen diss. num mercator venditis mercibus adhuc act. quanti minoris adv. venditorem experiri possit? Helmst. 1801.

v. Berg, Beobacht. u. Rechtsfälle. Thl. 2. Nr. 14.

Wenn demnach in der Sache selbst eigentlich noch nachtheiliger für den Kläger hätte erkannt werden müssen, als wirklich geschehen ist, und es der dritten Beschwerde ebenfalls an aller Rechtfertigung fehlt, so hat der Appellant nothwendig zum Kostenersatz in dieser Instanz verurtheilt werden müssen.

VII. (11.)

Barillon & Co. c. F. H. Pauli & Söhne.

Das Handlungshaus Franz Heinrich Pauli & Söhne in Lübeck entrirte im Jahre 1817 die Speculation, das demselben gehörige Schiff Pallas unter französischer Flagge eine Reise von Havre nach Isle de France machen zu lassen, und trat zu dem Ende mit dem Hause Claude George Barillon & Co. zu Paris in Verbindung, welche zur Ergänzung der Ladung mehrere Frachtgüter, zum Betrage von 15,613 Fr., für Rechnung des obigen Lübecker Hauses ankauften und diese Waaren an das Haus Lacroix & Co. im Fort St. Louis auf Isle de France consignirten, sowie auch den Führer der Pallas, Schiffer Krüger, demselben Hause empfahlen. Die Expedition mißglückte durch allerlei dem Schiffe begegnende Unfälle und endigte damit, daß nicht allein der Ertrag jener

in St. Louis veräußerten Waaren verloren ging, sondern Lacroix & Co. überdies mit einem Saldo von 5825 Fr. 91 Cent. in Vorschuß zu stehen kamen. Diesen Vorschuß behaupteten Barillon & Co. am 27. Juni 1819 an Lacroix & Co. vergütet zu haben und klagten denselben nebst einem Contocourant-Saldo von 39,627 Fr., über dessen Richtigkeit kein Streit ist, am 6. Juli 1819 gegen Pauli & Söhne ein.

Nähere factische Verhältnisse zwischen den Parteien unter sich und zu dem Hause Lacroix sind aus den Acten nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Genug aber, die Beklagten forderten Rechnungsablage in Betreff des obigen Vorschusses, und als diese durch Vorlegung dreier von Lacroix & Co. aufgemachter Rechnungen beschafft war, formirten die Beklagten diverse monita dazu, über welche die Kläger vom hiesigen Niedergericht unter'm 8. Jan. 1820 schuldig erkannt wurden, zuvörderst sich vernehmen zu lassen.

Die Kläger glaubten sich zur Einlassung auf jene Ausstellungen gegen die Lacroix'schen Rechnungen nicht pflichtig, da sie den Beklagten bei Lacroix & Co. Credit eröffnet und selbige bei diesem Hause empfohlen hätten, folglich sich der Zahlung des gedachten, auf die Kläger entnommenen Vorschusses nicht hätten entschlagen können, weshalb sie die Appellation ergriffen.

Das obige Erkenntniß ward jedoch in zweiter und dritter Instanz, unter Verurtheilung der Kläger in sämmtliche Kosten, und zwar vom O.-A.-Gericht unter'm 17. Nov. 1821 aus folgenden Gründen bestätigt:

„Obwohl es noch keineswegs vollständig aufgeklärt ist, ob und welches Societäts-Verhältniß zwischen den Klägern und dem Handlungshause Lacroix & Co. auf Isle de France besteht, auch die Parteien unter sich über das Genauere des zwischen ihnen stattfindenden Verhältnisses nicht einig sind, so konnte doch ersteres zur Zeit unberücksichtigt gelassen werden, da jetzt nicht die Frage davon ist, ob und inwieweit die Kläger für die etwanigen Forderungen der Beklagten an La-

croix & Co. in Anspruch genommen werden, sondern lediglich, ob sie die angeblich an letztern für Rechnung der Beklagten bezahlte Summe von diesen zurückfordern können. Diese Frage muß aber verneint werden, sofern die Kläger nicht nachzuweisen vermögen, daß Lacroix & Co. an Beklagte wirklich so viel zu fordern hatten. Die Kläger haben nemlich selbst zugegeben, daß sie als mandatores für Beklagte gegen Lacroix & Co. aufgetreten seien. Wollen sie nun als solche ihren Regreß gegen die Beklagten nehmen, so können sie dieses entweder nur mit der von den Gläubigern ihnen abgetretenen Klage, welcher aber sodann alle gegen jene statthaften Einreden entgegenstehen; oder mit der aus ihrem eignen Verhältnisse zu den Beklagten hervorgehenden Mandatsklage, weil sie von letztern ersucht worden, ihnen Credit zu machen. Hier können sie doch nicht mehr verlangen, als was sie in Folge dieses Auftrags an Lacroix & Co. zahlen mußten, nemlich das, was diese an die Beklagten oder deren Schiffer wirklich creditirt haben. Glaubten sie nun in der Hinsicht Lacroix & Co. auf das Wort und zahlten ihnen ihre angeblichen Auslagen, ohne sich über deren Richtigkeit zuvor durch eine Anfrage bei den Beklagten oder sonst zu vergewissern, so trifft sie insofern der Vorwurf einer Uebereilung, und sie müssen — sofern sie jene Forderungen nicht hinterdrein zu justificiren vermögen — die Folgen ihrer Sorglosigkeit tragen und das übereilt Gezahlte als indebitum von den Empfängern reclamiren.

Zwar meinen sie, ein gegründeter Vorwurf sei ihnen überall nicht zu machen, da sie:

1) als mandatores gegen Lacroix & Co. gar nicht befugt gewesen seien, sich der Einreden zu bedienen, welche dem Hauptschuldner gegen selbige zugestanden haben möchten. Allein abgesehen davon, daß diese Behauptung in der Allgemeinheit, selbst bei wirklichen Einreden, keineswegs richtig ist, so enthalten die von den Beklagten gegen die Lacroix'schen Rechnungen aufgestellten mocita nicht sowohl eigentliche Einreden als vielmehr Einwendungen gegen die

Richtigkeit der aufgeführten Pöste, mit welchen die Kläger, wenn sie von Lacroix & Co. belangt worden wären, ebenfalls hätten gehört werden müssen, da sie diesen nur für das hafteten, was dieselben den Beklagten wirklich creditirt hatten. Schon durch diese Bemerkung erledigt sich denn auch

2) die fernere, an und für sich nicht unerhebliche, auf l. 29 pr. § 2 D. mandati von den Klägern gegründete Replik. Denn es ist gewiß ein bedeutender Unterschied, ob der für eine bestimmte vom Hauptschuldner anerkannte Schuld bestellte Bürge Zahlung leistet, weil er es nicht weiß, daß Jener gegen die Forderung Einreden erworben hat; oder ob derjenige, welcher, wie im vorliegenden Falle die Kläger, für die von einem Dritten künftig erst zu contrahirende Schuld intercedirt hat, den Gläubiger demnächst befriedigt, ohne zuvor bei dem Hauptschuldner, welcher vielleicht die Forderung noch gar nicht kennt, wenigstens dieselbe noch nicht anerkannt hat, über die Richtigkeit derselben angefragt zu haben.

So wie nemlich im ersten Falle den Hauptschuldner der Vorwurf trifft, daß er es versäumte, den Bürgen von der Aufhebung der Schuld oder den dagegen erworbenen Einreden in Kenntniß zu setzen, so kann man es im zweiten Falle nicht gutheißen, daß derjenige, welcher für die Schuld des Dritten intercedirte, ohne vorherige Anfrage bei diesem Zahlung leistete. Schon nach römischem Rechte würde daher in einem solchen Falle dem Intercedenten der Regreß gegen den Hauptschuldner zu verweigern sein, wenn Ersterer die Richtigkeit der Forderung nicht nachzuweisen vermöchte; noch mehr aber muß das nach dem hier einschlagenden französischen Rechte geschehen. Wenn nemlich der Code Napoléon art. 2031 es dem Bürgen, der, ohne gerichtlich belangt zu sein, für den Schuldner Zahlung leisten will, zur Pflicht macht, Letzterem davon zuvor die Anzeige zu machen, und widrigenfalls ihm die Regreßklage verweigert, sofern dem Schuldner damals Mittel zu Gebote gestanden haben würden, die Schuld für getilgt oder erloschen erklären zu lassen: so muß man um so

mehr den Klägern, welche, ohne jene Procedur befolgt zu haben, für die Beklagten eine Schuld berichtigten, welche diese gar nicht kannten und als bestehend noch nicht anerkannt hatten, es zur Bedingung ihres Regresses machen, die von Lacroix & Co. aufgestellten Rechnungen zu justificiren und damit das Dasein der behaupteten Forderung darzuthun.

Wenn nun darauf die vorigen Erkenntnisse lediglich hinausgehen und obendrein den Klägern nur hinsichtlich der einzelnen monirten Pöste eine Einlassung auferlegt, keineswegs aber Etwas aberkannt haben, so war eine unumwundene Bestätigung dieser Erkenntnisse, mit Verurtheilung der Appellanten auch in die Kosten dieser Instanz, auszusprechen.

VIII. (12.)

H. contra Dr. L. auf Strecknitz.

Der hiesige Bürger H., Mitglied der Krämercompagnie, wurde im Februar 1821, als er auf den Ländereien des vor dem Mühlenthore liegenden Guts Strecknitz und zwar auf dem innerhalb der Landwehr belegenen Theile desselben jagte, von den Leuten des Gutsbesitzers Dr. L. angehalten und nach dem Hofe geführt, wo man ihn, in Abwesenheit des Gutsbesitzers, eine Zeitlang auf der Hausflur stehen und bewachen, alsdann aber gehen ließ.

Der Angehaltene klagte darauf wegen solcher gewaltthätiger Störung der ihm als commercirendem Bürger Lübecks innerhalb der Landwehr zustehenden Mitjagdberechtigung wider den Besitzer von Strecknitz petitorisch bei dem hiesigen Landgerichte, indem er bat, zu erkennen:

„daß er als Lübscher Bürger auf dem binnen der Landwehr belegenen Strecknitzer Felde zu jagen

wohlbefugt, Beklagter mithin wegen des von seinen Leuten verübten Frevels zu bestrafen sei."

Der Beklagte, welcher die dem Kläger widerfahrene Behandlung einräumte und verantwortete, bestritt das behauptete Jagdrecht des Klägers unter andern mit der Bemerkung: daß das Gut Strecknitz vormals (1685) von der Stadt mit allen Rechten und Gerechtigkeiten als ein frei erkauftes Gut dem Käufer zu vollem unbeschränkten Eigenthum übertragen, überdies auch auf das bei dem jüngsten Verkauf des Guts ergangene Proclam keine Jagdgerechtsame profitirt worden, folglich, wenn solche existirt habe, erloschen sei.

Das Landgericht erkannte am 18. Mai 1821 auf den Grund: „daß die Mitglieder bürgerlicher Collegien (wozu der Kläger gehörte) im unbestrittenen Besitz der Befugniß sich befänden, auf den innerhalb der Landwehr belegenen Feldern zu jagen," dahin: daß dem

„Beklagten seine Ungebühr zu verweisen und derselbe sich „in Zukunft ähnlicher gewaltsamer Störungen bei Ver„meidung nachdrücklicher Strafe zu enthalten, auch die „Proceßkosten zu erstatten habe; wobei dem Beklagten „jedoch seine vermeintlichen Zuständnisse und deren Aus„führung in Ansehung des Rechts selbst wider die Be„theiligten vorbehalten blieb."

Der Beklagte appellirte gegen dies Erkenntniß an das Obergericht, welches darauf am 6. Septbr. 1821 dem Beklagten außer dem petitorio auch das possessorium ordinarium vorbehielt und den Punct wegen der Kosten erster Instanz annoch aussetzte, übrigens aber das vorige Urtheil unter Compensation der Kosten zweiter Instanz bestätigte, weil darüber: „daß vom Landgericht in possessorio erkannt worden, ob„gleich Kläger petitorisch geklagt habe, keine Beschwerde ge„stellt sei, aus den Exceptionen und sonstigen Zugeständnissen „des Beklagten aber genug hervorgehe, um den Klä„ger in possessorio summariissimo zu schützen."

In der dawider von Seiten des Beklagten zur Hand genommenen Oberappellation gravaminirte er darüber:

daß nicht in petitorio (worauf die Klage gelautet), sondern in possessorio erkannt, und daß nicht Kläger in petitorio mit den Kosten abgewiesen worden.

Allein das O.-A.-Gericht erkannte unter'm 28. Febr. 1822 bei Compensation der Kosten, daß es bei dem Erkenntnisse des Obergerichts zu belassen sei.

Entscheidungsgründe.

Der Appellant hat sich darüber nicht beschwert, daß nicht er selbst, sondern der Appellat im jüngsten Besitze geschützt worden sei, weshalb in dieser Beziehung die im vorigen Urtheile enthaltenen, vollkommen richtigen Entscheidungsgründe keiner neuen Ausführung bedürfen. Seine Beschwerden gehen vielmehr dahin, daß nicht in petitorio, sondern in possessorio, und zwar in petitorio nicht auf gänzliche Abweisung des Klägers unter Verurtheilung desselben zum Kostenersatz erkannt worden sei. — Deshalb ist auch die Bitte auf eine solche Abweisung der Klage gestellt. Es leuchtet jedoch von selbst ein, daß dieser letzten Bitte nicht Statt zu geben sein würde, wenn auch in voriger Instanz mit Unrecht in possessorio erkannt worden wäre. Denn in einer so erheblichen und verwickelten Sache darf in der höhern Instanz das entscheidende Endurtheil nicht ausgesprochen werden, wenn in erster Instanz noch gar nicht darüber erkannt worden ist; mithin hätte, falls übrigens das vorige Urtheil mit Recht vom Appellanten angefochten wäre, doch immer nur eine Verweisung der Sache an die erste Instanz, um ein Erkenntniß in petitorio abzugeben, erfolgen können.

Allein auch die Beschwerde, daß nicht in petitorio, sondern in possessorio erkannt worden sei, war in dieser Instanz für zulässig nicht zu achten.

Freilich läßt es sich nicht verkennen, daß wirklich und ausschließlich petitorisch geklagt worden ist, denn an der Spitze der Klage ist als Fundament derselben die Behauptung aufgestellt, daß den Bürgern das Jagdrecht innerhalb der Landwehr auf allen Grundstücken zustehe, deren

Besitzer nicht im Stande seien, eine Ausnahme nachzuweisen; und die Bitte ist ausdrücklich darauf gerichtet, zu erkennen, daß der Kläger die Jagd qu. zu üben wohl befugt sei, mithin auf das Recht selbst. Diese sichern Kennzeichen der gewählten Proceßart können auch dadurch nicht zweifelhaft werden, daß im Vortrag der Klage von einer Störung im Besitze die Rede ist, wie solches gar oft, ja zuweilen ganz unvermeidlich, z. B. gerade bei einer confessorischen Klage zu geschehen pflegt, ohne daß deshalb angenommen werden dürfte, es sei possessorisch geklagt, oder doch, es sei das possessorium mit dem petitorio cumulirt, wenn nemlich die Bitte auf den Besitzstand überall nicht gerichtet ist. — Dazu kommt, daß der Kläger in seiner Replik das angesprochene Jagdrecht weiter zu begründen gesucht und namentlich angeführt hat, der Besitz befreie ihn von der Beweisführung, woraus sich wieder deutlich genug ergiebt, was recht eigentlich durch die Klage erreicht werden sollte. — Es ist ferner vollkommen richtig, daß der Richter sich nicht darauf beschränken darf, bloß in possessorio zu erkennen, wenn so offenbar petitorisch geklagt ist:

B. Carpzovii Resp. Jur. L. 1. R. 72.

J. U. de Cramer, Obss. Jur. univ. P. 1, Obs. 272.

Z. B. de Wernher, Sel. Obs. for. Vol. 2, P. 4. obs. 149. Vol. 4. P. 6. obs. 278.

Gleichwohl konnte in dieser Instanz der Beschwerde, daß vom Landgerichte nicht, der Klage gemäß, in petitorio erkannt worden, nicht Statt gegeben werden, denn hier war nur darüber zu erkennen, ob in zweiter Instanz den Rechten gemäß gesprochen worden sei. Nun ist aber ganz klar, daß in zweiter Instanz über die vom ersten Richter geschehene confusio processus, wie doch hätte geschehen müssen,

cf. C. J. Hommel in Rhaps. Quaest. Vol. 2. obs. 315.

keine Beschwerde geführt worden ist; vielmehr hat Appellant dort ausdrücklich darüber gravaminirt, daß vom Landgerichte angenommen sei, dem Kläger stehe das streitige Jagdrecht zu, daß der Kläger im Besitze eines solchen Rechtes

geschützt und dem Beklagten die Störung desselben untersagt worden sei. Es ist auch in der Ausführung der Beschwerden und in der Bitte in zweiter Instanz nichts vorgetragen, was darauf hinausgegangen wäre, die geschehene Verwirrung des Processes wiederum aufzuheben; sondern der Beklagte hat sein ausschließliches Jagdrecht auf den Streckniter Feldern weiter zu begründen, und so viel insbesondere den Besitz anbetrifft, zu entwickeln gesucht, daß solcher nicht dem Kläger, sondern ihm, dem Beklagten, zustehe, so daß offenbar das Recht selbst und materialia possessionis in zweiter Instanz verhandelt wurden, weshalb das Obergericht es auch unmöglich als Gegenstand der Entscheidung ansehen konnte, ob in erster Instanz bloß in possessorio habe erkannt werden dürfen.

Jetzt kann der Appellant sich darüber, daß in possessorio und nicht in petitorio erkannt worden, um so weniger beschweren, da er durch seine eigenen Vorträge in zweiter Instanz selbst auf die Uebertragung der Sache in das possessorium eingegangen ist. — Zwar hat jeder Appellant das beneficium nondum deducta deducendi, allein dies kann nicht dahin ausgedehnt werden, daß in dritter Instanz Beschwerden gegen das Erkenntniß der ersten Instanz aufgestellt werden dürfen, welche in der zweiten nicht bloß übergangen, sondern sogar implicite aufgegeben worden sind. — Demnach war das vorige Urtheil allerdings zu bestätigen, die Kosten mußten jedoch verglichen werden, da es an sich richtig ist, daß in erster Instanz hätte in petitorio erkannt werden sollen, und da der Appellant, indem er dafür hielt, er habe sich darüber in zweiter Instanz implicite beschwert, oder er dürfe jedenfalls diese Beschwerde noch in dritter Instanz anbringen, manche nicht unerhebliche Gründe für sich hatte.

IX. (13.)

Möller contra Kükelhahn.

Der Pächter der städtischen Papiermühle zu Slutup, Hans Peter Kükelhahn, welchem mittelst Pachtcontracts vom 17. Mai 1804 (prolongirt den 30. Oct. 1808) ein allgemeines ausschließliches Recht zum Lumpensammeln verliehen worden war, hatte gegen den Pächter der Papiermühle zu Siems, Claus Hinrich Möller, als dieser in Travemünde Lumpen kaufen ließ, im Mai 1817 einen gerichtlichen Befehl erwirkt, „daß Möller sich des Ankaufs von Lumpen in Travemünde enthalten solle."

Nachdem Letzterer darauf gegen Ersiern Klage erhoben und der Senat die bei Ihm erbetene authentische Interpretation des dem Kükelhahn ertheilten Privilegii abgeschlagen hatte, erkannte das Landgericht unter'm 3. Juli 1818 und auf ergriffene Appellation auch das Obergericht, am 10. Dec. 1818 bestätigend,

„daß Kläger (Möller) — da er geständlich zum Lumpensammeln in Travemünde überall nicht concessionirt, dem Beklagten aber ein allgemeines, auch jenes Städtchen umfassendes, ausschließliches Recht zum Lumpensammeln verliehen worden — sich alles Lumpensammelns im Städtchen Travemünde bei 5 Rthlr. Strafe zu enthalten habe."

Das obergerichtliche Erkenntniß, gegen welches nach § 34 der Lübschen Gerichtsordnung vom 4. Mai 1814 das Rechtsmittel der Revision zulässig gewesen wäre, ließ der Kläger in Rechtskraft übergehen, bat aber nach 3 Jahren dagegen bei'm O.-A.-Gericht um Wiedereinsetzung in den

vorigen Stand, welche indessen durch Urtheil vom 18. Jan. 1822 unter Auflegung der Kosten aus folgenden Gründen verworfen ward:

Obgleich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Fatalien der Rechtsmittel wegen Schuld des Anwalts leicht ertheilt zu werden pflegt, so hat in der vorliegenden Sache dem Gesuch des Imploranten doch nicht gewillfahrt werden können, weil er sich bei Versäumung der Einlegung der Revision wider das obergerichtliche Urtheil vom 16. Dec. 1818 sowohl als bei Nachsuchung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand selber eine Nachlässigkeit hat zu Schulden kommen lassen, auch die von ihm vorgeschützte Rechtsunwissenheit und der Umstand, daß ihn sein Advocat von der Zulässigkeit jenes Rechtsmittels gegen das gedachte Urtheil nicht bei Zeiten unterrichtet habe, unter den vorwaltenden Umständen kein hinreichender Grund zur Ertheilung der Restitution ist. Daß die Partei, welche um Restitution bittet, selbst von eigner Nachlässigkeit frei sein müsse, ergeben sowohl die allgemeinen Rechtsgrundsätze als die bestimmte Vorschrift der

l. 16. D. ex quibus causis majores.

Der Implorant hat sich insofern selbst eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen, als er sich von der Zulässigkeit des Rechtsmittels wider das obergerichtliche Urtheil nicht selbst unterrichtete und seinen Advocaten nicht rechtzeitig zur Anfechtung desselben beauftragte. Er hat ferner bei Nachsuchung der Restitution eine Nachlässigkeit begangen, indem er damit so sehr lange, nemlich weit über 2 Jahre, wartete. — Denn wenn auch die Restitution nach den Grundsätzen des römischen Rechts in der Regel vier Jahre Statt findet, so läßt sich doch dieses auf die durch die deutsche Praxis eingeführte Restitution gegen den Ablauf der Nothfristen keineswegs anwenden, da diese nach kundbarer Praxis gleich nach gehobenem Impediment gesucht werden muß und eine so lange Verzögerung, wie die vorliegende, nach

l. 15. § 3 u. l. 16. D. l. cit.

als ein hoher Grad der Nachlässigkeit anzusehen ist.

Der Implorant sucht sich zwar als einen der Rechte und gerichtlichen Händel unerfahrenen Landmann darzustellen. Allein der Stand des Landmannes als solchen ist keineswegs ein rechtlicher Restitutionsgrund, indem die Gesetze nur in bestimmten Fällen, deren jedoch keiner hier vorhanden ist, den Landleuten eine oder die andere Rechtsbegünstigung zu Theil werden lassen.

Leyser, med. ad P. sp. 64. m. 8.

Cramer, obs. Vol. I. No. 60 Vol. IV, No. 1156.

v. Berg, Ref. III. No. 24.

Hufeland, Abh. über das R. R. Th. I. p. 239.

Ebensowenig ist die Unbekanntschaft mit den Gesetzen ein Restitutionsgrund und solches weder überhaupt noch insbesondere zum Zweck, um Restitution wider den Ablauf einer Nothfrist zu erhalten:

arg. l. 1. § 1. D. de juris et facti ignorantia.

Archiv f. civ. Praxis. Th. 2. p. 391.

zumal in einem Falle, wie der gegenwärtige, wo von einem Gesetze, der Gerichtsordnung vom 4. Mai 1814, die Rede ist, das vor nicht sehr langer Zeit erlassen worden und womit die proceßführenden Parteien sich bekannt zu machen schuldig sind.

Was endlich das Vorgeben des Imploranten anlangt, daß sein Advocat ihm die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels wider das obergerichtliche Urtheil vom 10. Decbr. 1818 nicht zeitig genug angezeigt habe, so hat darauf keine Rücksicht genommen werden können. Denn wenn man auch die factischen Umstände, sowie Implorant sie eidlich zu erhärten sich erbietet, als wahr, und wenn man eine Versäumniß des Advocaten als vorhanden annehmen wollte, so würde doch immer aus den angeführten Gründen den Imploranten selbst der Vorwurf einer eigenen Nachlässigkeit treffen, welche der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Wege sein würde.

X. (14.)

Rosenberg contra Platzmann.

Auf das von P. A. Platzmann in Lübeck im Jahre 1820 extrahirte Proclam an seine Gläubiger profitirte J. A. v. Rosenberg in Kopenhagen ex jure cesso des Wilhelm Schalburg eine Forderung von 3000 Thlr. Cour. aus einem von dem Provocanten, Imploraten, am 18. Jan. 1810 in Gemeinschaft mit einem Herrn v. Thienen ausgestellten Hypothek-Wechsel.

Der Implorat Platzmann drang auf Caution für die Kosten und Widerklage und behauptete excipiendo die geschehene Tilgung jener Schuld, wofür er mehrere Documente beibrachte. Er bat daher um Entbindung von den Ansprüchen des Imploranten und zugleich reconveniendo um Verurtheilung desselben zur Rückgabe des profitirten Wechsels.

Der Anwalt des Imploranten, welchem unter'm 9. Dec. 1820 aufgegeben worden, binnen 3 Wochen sub praecluso zu repliciren, befand sich bei'm Ablauf dieser, auf seinen Antrag um fernere 3 Wochen erstreckten Frist ohne alle Instruction und erklärte daher am 3. Febr. 1821 zu Protocoll: wie er geschehen lassen müsse, daß die Sache für beschlossen an- und in Bedenk genommen werde.

Am 3. März 1821 erkannte darauf das Niedergericht:

> unter Verwerfung des bei dieser unfreiwilligen Klage nicht zulässigen Cautionsgesuchs: daß Implorat die libellirten 3000 Thlr. Cour. c. us. et exp. zu bezahlen schuldig, er könne und wolle denn, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, binnen drei Wochen zu Recht erweisen, daß die angegebene Forderung bereits auf eine rechtliche Art getilgt oder aufgehoben worden.

Auf Appellation von Seiten des Imploraten ward mittelst obergerichtlichen Erkenntnisses vom 10. Mai 1821 zwar das Cautionsgesuch ebenfalls verworfen, in der Hauptsache aber unter Compensation der Kosten zweiter Instanz dahin reformirt, daß Beklagter von der profitirten Wechselschuld zu entbinden und dessen Unterschrift auf dem Wechsel qu. zu deliren sei, auch Implorant die Kosten erster Instanz zu erstatten habe.

Als Entscheidungsgrund ist angegeben:

daß nach dem Statut (V, 4, 1.) der V. über das Gerichtswesen von 1814 (§ 13) und einer unbezweifelten Praxis bei nicht erfolgender Einlassung auf die Klage lis pro affirmative contestata angenommen werde, nach der Rechtsgleichheit unter den Parteien aber von peremtorischen Einreden eben dasselbe gelten müsse, was bei'm factischen Klaggrunde Rechtens sei. Ueberdies gelte im processualischen Verfahren zu Lübeck der Grundsatz: daß für eingestanden in facto zu achten sei, was nicht allgemein oder speciell abgeläugnet worden.

Auf die dawider eingewandte Appellation des Imploranten hat jedoch das O.-A.-Gericht unter'm 8. Nov. 1821 für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Obergerichts, so viel die Hauptsache und die Kosten erster Instanz betrifft, wiederum aufzuheben und es bei dem im Niedergerichts-Erkenntnisse vom 3. März dem Imploraten auferlegten Beweise zu belassen sei, welchemnächst sowohl in Betreff der Forderung selbst, als wegen der reconveniendo verlangten Streichung des Namens des Imploraten auf dem ad proclama angegebenen Wechsel und der Kosten erster Instanz halber weiter zu erkennen, was Rechtens, die Kosten zweiter und dritter Instanz jedoch gegen einander aufzuheben.

Entscheidungsgründe.

In der Sache selbst hängt Alles davon ab, welche Folgen der Ungehorsam nach sich zieht, den der Implorant in Hinsicht der Replik begangen hat. Zwar heißt es im Niedergerichts-Protocolle: der Anwalt des Imploranten habe replicirt, allein das Wesentliche der Replik besteht darin, daß der Kläger sich über die Einreden, namentlich über die excipiendo vorgebrachten Thatsachen erklärt, und da dies hier nicht geschehen, überhaupt aber es gleichbedeutend ist, ob Jemand in termino judiciali gar nicht erscheint, oder das, was ihm zu thun obliegt, nicht vornimmt,

J. H. Boehmer, de cont. non respond. in Exerc. ad Pand. Tom. II. ex. 24. § 26.

so ist der Ungehorsam des Imploranten in replicando außer Zweifel.

Die Folgen dieses Ungehorsams sind nach gemeinem Proceßrechte, daß, falls der Beklagte auf Fortsetzung der Sache dringt, Kläger mit seiner Replik präcludirt und Beklagter zum Beweise der excipiendo aufgestellten Thatsachen schuldig erkannt wird.

Claproth, Einl. in den bürg. Proceß. 2. Th. § 163.
Grolman, Theorie des gerichtl. Verf. § 179.
Danz, Grundsätze des ord. Proc. (1821 v. Gönner) § 474.

Es ist aber nicht anzunehmen, daß die Lübschen Particularrechte eine Abweichung von diesen Grundsätzen enthalten, vielmehr bestimmt § 13 der Verordnung, betr. das Gerichtswesen, vom 4. Mai 1814 ausdrücklich, daß außer der Beantwortung der Klage jeder Schriftsatz bei Strafe der Ausschließung mit demselben in der vorgeschriebenen Frist beigebracht werden solle; das Niedergericht hat daher in dem Bescheide vom 9. Decbr. 1820 ganz recht den Imploranten, ohne ihn mit dem Verlust der Sache zu bedrohen, nur sub praecluso in termino praefixo zu repliciren schuldig erkannt.

Dagegen kann auch nicht in Betracht kommen, daß nach Lübischem Processe das Ausbleiben mit der Antwort auf die Klage den Verlust der Sache nach sich zieht, denn gerade in demselben Gesetze (§ 13 cit.), worin dies verordnet worden, steht im klaren, durch das Wort „aber" verstärkten Gegensatze, daß bei den folgenden Schriftsätzen nur die Präclusion, also nicht dieselbe Strafe eintreten solle, welche für den Ungehorsam in Betreff der Antwort auf die Klage vorgeschrieben ist. Bei so deutlichem Ausspruch des Gesetzes kann von einer analogen Anwendung anderer Rechtsbestimmungen nicht die Rede sein.

Ueberhaupt aber leidet Dasjenige, was von der Litiscontestation vorgeschrieben ist, auf die Replik keine analoge Anwendung, indem Beide wesentlich von einander verschieden sind. Jene, die Antwort auf die Klage, ist die wichtigste Handlung im ganzen Processe und in wirklich streitigen Fällen ganz unentbehrlich, nicht blos, um eine Erklärung über die Thatsachen der Klage zu erhalten, sondern auch, um die Sache wahrhaft rechtshängig zu machen; weshalb es denn gar wohl erklärbar ist, daß die Gesetze hin und wieder das Ausbleiben mit der Antwort auf die Klage so äußerst hart, nemlich mit dem Verlust der Sache, bedrohen. Auch verliert sich diese Härte, wenn man erwägt, daß der Ungehorsam als ein Verzicht auf dasjenige, was man hätte vornehmen können und dürfen, angesehen zu werden pflegt. Von einem Beklagten, welcher nicht antwortet, läßt sich aber wohl annehmen, daß er Nichts einzuwenden habe, indem gar oft bloßes Unvermögen zur gerichtlichen Verfolgung Anlaß giebt, wohingegen ein Widerspruch gegen zerstörliche Einreden schon implicite in der Klage selbst enthalten und ausgesprochen ist. Ja, wenn man auch einen solchen Widerspruch in der Klage nicht finden wollte, so würde man doch zugeben müssen, daß, — falls nicht replicirt worden — die Thatsachen, worauf die Einreden ruhen, wenigstens nicht eingeräumt seien, nam, qui tacet, non utique fatetur.

l. 142. D. de R. J. 50, 17.

woraus denn nach der Natur der Sache folgt, daß solche Thatsachen, um das Erkenntniß darauf gründen zu können, zuvor erwiesen werden müssen, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich verordnet, daß sie in contumaciam für wahr angenommen werden sollen.

Bei solcher Verschiedenheit der Litiscontestation und der Replik würde der Grundsatz der Rechtsgleichheit der Parteien im Processe nicht einmal veranlassen können, für den Fall des Ungehorsams in beider Hinsicht die nemlichen Folgen gesetzlich vorzuschreiben; daher denn auch andere Gesetzgebungen diese Folgen ausdrücklich verschieden bestimmt haben. Insbesondere kommt hier der sächsische Proceß in Betracht, da

art. 1. tit. 4. lib. 5. Stat. Lub.

diese Grundlage der Vorschrift des § 13 der V. vom Jahre 1814 und der Praxis — wornach lis in contumaciam pro affirmative contestata angenommen wird — ersichtlich dem sächsischen Verfahren seine Grundlage verdankt. Nun zeigt aber die alte sächsische Proceßordnung T. X, art. 1—4, daß der Beklagte, wenn er beharrlich und ohne Ehehaft ausbleibt, in die Hülfe verurtheilt und dieselbe nach Inhalt der Klage wider ihn vollstreckt werden, der Ungehorsam des Klägers aber nur mit der Absolution des Beklagten von der Instanz bestraft werden soll.

Carpzow, Jurispr. for. T. 1. const. 9. def. 3 et 22.
Berger, Elect. discept. for. sec. seriem ord. praejud. Sax. (1706) Tit. X. et in oecon. jur. Lib. 4. T. 16. § 2.

Und auch andere, neuere und neueste Proceßordnungen, welche auf das Ausbleiben des Beklagten ein fingirtes Geständniß annehmen und die Verurtheilung des Beklagten in contumaciam gebieten, lassen doch — gleich der Lüb. V. von 1814 — andere Folgen bei'm Ausbleiben mit der Re- und Duplik eintreten, namentlich: „daß sodann das erste Verfah„ren auf der Gegenpartei Antrag ohne Weiteres als geschlos„sen angenommen und zur Relation ausgestellt werden solle."

Markgräfl. Badische Proc.-O. v. 1752. § 30. 51.
(Martin's) Entwurf einer V. über das Verfahren in Rechtsstr. der sächsischen Häuser unter sich vor dem O. A. G. zu Jena. 1821. § 38. 39.

Zwar ist in den Gründen des obergerichtlichen Urtheils ausgesprochen, daß im processualischen Verfahren zu Lübeck der Grundsatz gelte, daß für eingestanden in facto zu achten sei, was nicht allgemein oder speciell abgeläugnet worden; allein, wenn man auch diesen Gerichtsgebrauch, welcher gleichwohl mit dem Inhalte des niedergerichtlichen Erkenntnisses im Widerspruch steht, an und für sich für hinlänglich ausgemacht ansehen könnte, so würde doch, um nicht mit dem § 13 der V. neuerer Zeit (1814) in Widerspruch zu gerathen, nothwendig sein, denselben auf den Fall zu beschränken, da zwar auf die Thatsachen, welche der Gegner aufstellt, geantwortet, jedoch Eins oder das Andere stillschweigend übergangen worden,

Haus, über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebr. (1798) § 7 ff.

auf einen Fall der vorliegenden Art dagegen, wo es gänzlich an der Replik fehlt, würde die Maxime keine Anwendung leiden.

Endlich würde auch bei völliger Richtigkeit der bei'm vorigen Urtheile angenommenen Grundsätze in contumaciam nur angenommen werden können, daß die vom Beklagten beigebrachten Urkunden für anerkannt zu halten seien, weil der Beklagte nur daraus folgert und ableitet, daß seine Verbindlichkeit aufgehört habe, welches jedoch zur Zeit keineswegs klar daraus hervorgeht.

Es hat demnach das Urtheil des Niedergerichts, soviel die Beweisauflage betrifft, wiederhergestellt werden müssen, wobei wegen der ausgedehnten Wortstellung dem Imploraten der Beweis jeder von ihm vorgebrachten oder angedeuteten Thatsache, wodurch die profitirte Wechselforderung getilgt oder aufgehoben sein möchte, offen gelassen ist.

Dahingegen konnte eine reine Wiederherstellung des ersten Urtheils nicht für zulässig erachtet werden, weil die Widerklage durch dasselbe gänzlich verworfen ist, worüber Implorat sich in voriger Instanz mit Recht beschwert hat. Denn theils ist der Grundsatz: daß im Proclamationsprocesse überall keine Widerklage stattfinde, in dieser Allgemeinheit weder in der Natur der Sache begründet, noch durch die Gesetze vorgeschrieben; theils ist es eine Selbstfolge, daß in dem Falle, da sich künftig die Unverbindlichkeit des Imploraten in Hinsicht des profitirten Wechsels ergeben sollte, über die reconveniendo geforderte Tilgung seines Namens auf diesem, mit v. Thienen gemeinschaftlich ausgestellten Wechsel erkannt werden müsse.

XI. (15.)

Schmidt contra Meyer.

Aus den Entscheidungsgründen zu dem unter'm 20. Juli 1822 in Sachen

des Erbpächters J. H. Schmidt (J. R. Fock) zur Brandenmühle, Beklagten, Revidenten,

und

des Gutsherrn von Niendorff, Litisdenunciaten, Revidenten,

contra

den Erbpächter J. H. Meyer zu Niendorff, Kläger, Litisdenuncianten, Revisen,

das ausschließliche Recht des Klägers zum Betrieb der Bäckerei im Gute Niendorff betr.

ergangenen Urtheil des O.-A.-Gerichts ist von allgemeinerem Interesse hauptsächlich folgender Passus:

— „Gleich unstatthaft ist auch der fernere Einwand des Beklagten, daß der gegenwärtige Proceß eigentlich schon seit

dem December 1815 pendent sei, der Kläger aber die behauptete ausschließende Befugniß erst durch den Zusatzcontract vom 15. Jul. 1816, mithin pendente lite erworben habe, und deshalb zufolge der Regel: „ut lite pendente nihil innovetur“ gar keine Rücksicht darauf zu nehmen sei. Denn

1) kann die Litispendenz in gegenwärtiger Sache erst vom Septbr. 1817 an gerechnet werden, weil die im December 1815 angebrachte Klage, man mag nun auf den am 4. December gegen den vorigen Müller oder auf den am 11. Decbr. gegen den nachherigen Beklagten Schmidt angebrachten Antrag sehen, bei dem zur Ausübung des Richteramts völlig unbefugten Substituten des Justitiarius angestellt und von diesem zu Protocoll genommen worden, mithin durchaus null und nichtig ist; eine gänzlich nichtige Klage aber keine Litispendenz bewirken kann. Auch kann hiebei darauf Nichts ankommen, daß Kläger bei Anstellung der neuen Klage nicht förmlich auf die alte verzichtet und dem Beklagten die Kosten erstattet hat. Denn nur eine gültig angestellte Klage bedarf zu ihrer Beseitigung einer Verzichtleistung, und die Verbindlichkeit zum Kosten-Ersatze fiel deswegen weg, weil das Obergericht in seinem cassatorischen Erkenntnisse die Kosten des cassirten Verfahrens übergangen und also stillschweigend compensirt hatte.

l. 3. Cod. de fructibus et lit. expens.

2) wenn auch die Litispendenz schon vom December 1815 an gerechnet werden mußte, so würde doch die pendente lite eingetretene Neuerung nur darin bestehen, daß der Kläger das Verbietungsrecht, woraus er klagte, erst nach angestellter Klage wirklich erworben hätte.

Dies würde aber dieselbe nicht verwerflich machen, indem das canonische Recht, also gerade dasjenige, aus welchem sich der Grundsatz: „pendente lite nihil innovandum“ hauptsächlich herschreibt, im

C. 3. de re judicata in 6to verb. „literum praedicta“ ausdrücklich verordnet, daß, wenn Jemand nur generaliter aus dem behaupteten Rechte an sich, nicht aber aus einem

beſtimmten ſpeciellen Erwerbtitel deſſelben geklagt hat, es zur Verurtheilung des Beklagten ſchon hinreiche, wenn nur der Kläger das Recht noch während des Proceſſes erwirbt und es ihm zur Zeit des Urtheils wirklich zuſteht.

Dieſer Fall tritt hier ein, da der Kläger bei ſeinen Anträgen im December 1815 ſich keineswegs ſpeciell auf den Contract vom 6. Febr. 1811, ſondern nur allgemein auf das ihm zuſtehende jus exclusivum geſtützt hat, und es kann die Anwendung jener Regel in vorliegender Sache um ſo weniger Bedenken haben, da der wirkliche Erwerb des Rechts und die Production der davon handelnden Urkunde jedenfalls noch vor der Litisconteſtation erfolgt ſind.

XII. (16.)

Wüſthoff contra Wüſthoff.*)

Die Wittwe des im Jahre 1801 verſtorbenen Kaufmanns J. D. Wüſthoff hieſelbſt hatte die Handlung ihres Ehemannes (nach vorgängiger Bekanntmachung in öffentlichen Blättern und per Circulare) unter unveränderter Firma fortgeſetzt und in dem Jahre 1815 an ihre 3 Kinder diverſe eigene oder trockene (Hypothek-) Wechſel zum Belauf von mehreren Tauſend Mark ausgeſtellt.

Nachdem ſie im Jahre 1819 jene Handlung für inſolvent erklärt hatte, wurden auf das ergangene Concurs-Proclam auch jene Wechſel profitirt, von dem Niedergericht jedoch auf desfallſigen Einwand der Debitmaſſe mittelſt Erkenntniſſes vom 31. Oct. 1820 den Profitenten der Beweis auferlegt:

---

*) cf. Heiſe u. Cropp. Abh. I. S. 30—53.

„daß die Wittwe Wüsthoff zur Zeit der Ausstellung der Wechsel vor dem Rath als Kauffrau eingezeuget oder von demselben dafür erklärt gewesen, die fragliche Anleihe auch zum Nutzen der Handlung geschehen sei."

Auf Appellation der Imploranten erkannte jedoch das Obergericht am 21. Juni 1821:

„daß sie mit dem erstern jener Beweise zu verschonen,"

und dieser Spruch ward vom O.-A.-Gericht mittelst Urtheils vom 7. Dec. 1821 aus folgenden Entscheidungsgründen bestätigt.

— Die Frage: ob nach Lübschem Rechte zur Gültigkeit und Verbindlichkeit der Geschäfte einer Handlung treibenden Frau erfordert werde, daß sie vor dem Rathe als Kauffrau eingezeuget und von demselben dafür erkläret sei? muß verneint werden, denn

1) das Stadtrecht sagt ausdrücklich: „Eine Kauffrau, „was sie kauft, muß sie zahlen. Eine Kauffrau aber ist, „welche aus- und einkauft, offnen Laden und Fenster hält, „mit Gewicht, Waage, Maaß und Ellen aus- und einwieget „und misset."

Lib. 3. tit. 6. art. 21.

Ferner wird von Frauen zwar verordnet, daß sie nur mit Vollwort ihrer Vormünder gültige Anträge schließen können, jedoch mit dem Zusatze: „außerhalb derer, welche Kauf- „mannschaft, Handel und Wandel treiben, was dieselben ge- „loben, das müssen sie gelten und bezahlen."

Lib. 1. tit. 10. art. 1.

In beiden Stellen hat das Gesetz selbst den Begriff einer Kauffrau angegeben, ohne darin aufzunehmen, daß sie vor dem Rathe als solche eingezeuget sein müsse.

2) Damit stimmen auch die ältern Statuten vollkommen überein in den Worten: „Exceptis illis, quae specialiter habent Copscat et solent emere et vendere"

de Westphalen, monum. ined. rer. Germ. T. III. p. 624.

J. C. H. Dreyer, Sammlung vermischter Abhandl. I. Th. S. 450

und:

„sunder dighene de kopschat hebben, onde kopen unde vorkopen, so wat se loven, dat scholen se ghelden.“

de Westphalen, l. c. p. 624,
Cronhelm, Corp. stat. prov. Hols. 4. Bd.
Cod. Stat. Lub. p. 25. a. 10.
W. E. Christiani, Gesch. der Herzogth. Schlesw. u. Holstein. 2. Th. S. 538.
H. Brockes in append. ad obs. for. Cod. I. a. 22.

endlich:

„sunder dejenen, de Kopenschop hebben, de sind mächtig gelick Mannen.“

H. Brockes, l. c. Cod. II, a. 6. Cod. III. a. 345.
Kolli, Rechtsbuch, a. 92.

3) In keinem andern deutschen Rechtsbuche ist bei der so oft vorkommenden Verfügung, daß eine Kauffrau in ihren Handlungsgeschäften von der sonst nothwendigen Geschlechts-Curatel befreit sei, erfordert, daß sie zur Kauffrau obrigkeitlich erkläret sein müsse; ja selbst in den neuesten Gesetzgebungen ist von keiner obrigkeitlichen Mitwirkung die Rede, um eine Frau zur Handelsfrau zu machen und aus ihren Geschäften verbindlich zu erklären.

Runde, deutsch. Priv.-Recht. § 292.
Preuß. Landr. 2. Thl. 8. tit. § 488. ff.
Code Nap. a. 220. Code de comm. § 4. 5.

4) Die dagegen von den Appellanten vorgebrachten Gründe sind auch keineswegs erheblich, vielmehr unterstützen sie die bereits angegebenen Entscheidungsgründe. Die Appellaten stützen sich nemlich:

a) auf den Artikel des Stadtrechts, welcher den Frauen, insofern sie nicht von ihren Männern zum Testiren ermächtigt sind, die Testamentifaction mit dem Zusatze untersagt, „Wäre

sie aber eine Kauffrau und alſo vor dem Rathe gezeuget, ſo mag ſie ein Teſtament machen" ꝛc.

Lib. 2. tit. 1. art. 14.

Das Wort alſo ſoll gleichbedeutend ſein mit folglich; demnach ſoll nach Lübſchem Recht die obrigkeitliche Anerkennung als zum Begriff einer Kauffrau gehörig angeſehen werden, und zwar ſtillſchweigend vorausgeſetzt als ſich von ſelbſt verſtehend, wie man die Aufnahme des verſtorbenen Mannes der Kauffrau in ein Handlung treibendes Collegium nach der Verfaſſung vorausſetze, obgleich auch hievon in dem ſtatutariſchen Begriffe Nichts geſagt ſei. — Allein nach einer richtigen Worterklärung kann das „alſo" in jenem Geſetze nur „als ſolche" bedeuten, wie ſich ſchon daraus ergiebt, daß Etwas fehlen würde, wenn man es für gleichbedeutend mit folglich halten wollte. — Auch kann darauf Nichts ankommen, was in Hinſicht auf die Staatsverfaſſung zu thun oder zu leiſten ſein mag, um die Berechtigung zur Kaufmannſchaft zu erlangen, da jetzt lediglich von den Erforderniſſen zur Erzeugung einer Privatverbindlichkeit die Rede iſt. Nur hierauf erſtreckt ſich die Begriffsbeſtimmung des Geſetzes; was darin nicht aufgenommen iſt, kann nicht erfordert werden, um zu beurtheilen, ob die Kauffrau ſich gültig verpflichtet habe? Damit iſt es aber ganz wohl vereinbar, daß es außerdem noch Bedingungen der Befugniſſe einer Kauffrau gebe, die bloß auf das öffentliche Recht Beziehung haben.

Jener Art. 14 beſchränkt freilich die Teſtamentifaction einer Kauffrau dadurch, daß dieſe als ſolche vor dem Rathe eingezeugt ſein müſſe; allein es iſt mit den Regeln der Auslegung ganz unverträglich, dasjenige, was für eine einzelne Gattung von Handlungen vorgeſchrieben iſt, auf alle und jede Handlungen anwenden zu wollen. Dazu kommt, daß ſich gar wohl denken läßt, man habe gerade bei Teſtamenten, die überhaupt in Anſehung der Form durch die Geſetze vorzugsweiſe bedacht ſind, den Streitpunct, ob die Teſtatricin auch wirklich eine Kauffrau geweſen ſei, und ein desfallſiges Bedenken bei nachgeſuchter Confirmation des Teſtaments entfernen wollen,

Vielleicht wurden die romaniſirenden Reviſoren auch dadurch geleitet, daß ſchon nach gemeinem Rechte zur Teſtamentifaction eine Gewißheit des Status nothwendig iſt.

l. 24. 25. D. Qui testam. fac. poss.

l. 1. pr. D. de legatis III.

Dahingegen konnte man es bei Handlungen unter Lebenden, wobei gleiche Gründe nicht eintreten, füglich der Notorietät oder dem eigenen Urtheile des Mitcontrahenten überlaſſen, ob die Frau, mit der ein Geſchäft geſchloſſen wird, eine Kauffrau ſei oder nicht.

Hätte man hier ebenfalls ein obrigkeitliches Einzeugen erfordert, ſo würden daraus für den Verkehr die unten bemerkten Nachtheile entſtanden ſein, welche bei der Teſtamentifaction nicht zu beſorgen waren.

Daß die Beſchränkung der Befugniß einer Kauffrau durch das Einzeugen vor dem Rathe im revidirten Statute bloß auf die Teſtamentifaction gemeint ſei, dies läßt ſich auch daraus abnehmen, daß Art. 14 ſeinem weſentlichen Inhalte nach, namentlich ſoweit darin von der Kauffrau die Rede iſt, von den Reviſoren ſelbſt herrühret;

cf. Brockes l. c. Cod. II. a. 67. Cod. III. a. 100.

J. F. Runde, Beitr. zur Erläut. rechtl. Gegenſtände. 1. Bd. S. 215 ff. (auch in Gesterd. anal. jur. Lub. p. 88.)

und daß ſie dennoch die Einzeugung der Kauffrau vor dem Rathe in dem Art. 21 des Statuts, worin die Kauffrau beſchrieben und von ihrer Verpflichtung unter Lebenden gehandelt wird, nicht aufgenommen haben, obgleich dieſer Artikel in ältern Codices nicht zu finden iſt, mithin ebenfalls von den Reviſoren herrührt.

Die Appellanten berufen ſich

b) auf Appendix secunda der Ordnung des Obern Stadtbuchs, worin geſagt wird: „daß die Declarationes der Kauffrauen und die Macht, die ihnen dadurch gegeben wird, nicht auf das Ober-Stadtbuch, ſondern allein auf ihren Kaufhandel gemeint ſei.“ Allein hier iſt nach Titel, Vorrede

und Inhalt offenbar Nichts beabsichtigt, als durch angemessene Vorschriften für den Protonotar und andere Beamte Mißbräuche abzustellen, welche sich bei'm Obern-Stadtbuch eingeschlichen hatten. Eine Abänderung des Statuts konnte durch eine solche bloß gelegentliche Verordnung nicht bezielt werden. Und die Worte sagen keineswegs, daß die Handlungsgeschäfte der Kauffrauen überhaupt ungültig sein sollen, wenn das obrigkeitliche Einzeugen nicht bewirkt worden ist.

Die Appellanten haben sich ferner

c) auf den Geist der Gesetzgebung, welcher die Frauen unter beständiger Vormundschaft halte, berufen; sie haben auf das Beispiel der Mündigkeitserklärung durch die Obrigkeit ein Gewicht gelegt und das Gestatten des eigenmächtigen Auftretens als Kauffrau sogar für vernunftwidrig erkläret. Allein der Geist des Lüb. Statuts besteht keineswegs darin, daß die Frauen geschützt werden sollen, sondern, wie die Vorrede mit den deutlichsten Worten sagt, in der Beförderung des Handels sogar auf Unkosten der sonst wohl milder zu bestimmenden Rechte der Frauen. Es kann aber gewiß Niemandem einfallen, daß es den Handel begünstigen würde, wenn eine Frau, die notorisch Handel treibt, hinterher ihre Verbindlichkeiten unerfüllt lassen dürfte, weil sie nicht vor dem Rathe als Kauffrau eingezeugt worden sei; oder, wenn Jeder, mit dem eine solche Frau irgend ein Geschäft macht, in die Nothwendigkeit versetzt werden sollte, sich zuvor ihr Decret, wodurch sie zur Kauffrau erkläret worden, vorzeigen zu lassen; welches offenbar Treu und Glauben — die doch nach der Vorrede des Statuts vor allen Dingen aufrecht zu halten sind — insbesondere bei Auswärtigen verletzen würde, denen man unmöglich die Kenntniß eines solchen singulären Rechts zutrauen dürfte.

Was von der venia aetatis gesagt ist, kann hieher gar nicht gezogen werden, denn hier befreit das Gesetz selbst die Frau, welche Handlung treibt, in Hinsicht derselben von der Vormundschaft; die Frau erfüllt die Bedingung des Gesetzes, indem sie die Handlungsgeschäfte unternimmt, und es kann

ihr, da das Gesetz hiezu keine besondere obrigkeitliche Erlaubniß fordert, nicht als Eigenmacht vorgeworfen werden, wenn sie um diese Erlaubniß nicht erst bittet.

Endlich verdient es auch eher eine Rüge als eine Widerlegung, wenn ein Gesetz, das so viele Legislationen in gleicher Art aufgenommen haben, für unvernünftig erkläret wird.

d) Die Appellanten sagen jetzt selbst in ihrem Appellationslibell, „eine durchgreifende Observanz der Einzeugung der Kauffrauen vor dem Rathe lasse sich bei der großen Anzahl nicht eingezeugter Kauffrauen nicht behaupten." Gleichwohl haben sie sich früher ausdrücklich auf die Observanz berufen, und im ersten Erkenntnisse ist solche, als zu ihren Gunsten entscheidend, anerkannt. Allein, wenn auch nicht aus jenem Geständnisse das Gegentheil schon hervorginge, so würde es doch aus andern Gründen nicht zu bestreiten sein, und es ist um so nöthiger, dies zu beachten, da in zweifelhaften Fällen „consuetudo aut rerum similiter judicatarum autoritas" von großer Bedeutung ist.

. 34. 37. 38. D. de legibus.

Zunächst kommen hier die Erkenntnisse des Lüb. Appellationsgerichts in Betracht, welche in einer und derselben Sache am 14. Nov. 1690 und 23. Nov. 1694 und in einer andern Sache am 13. Oct. 1740 dahin abgegeben sind, daß zur Verpflichtung einer Kauffrau das Einzeugen vor dem Rathe nicht erfordert werde.

Joach. Roeder, diss. de confirm. Senatus ad impetrand. qualit. foem. mercatricis jure Lub. neutiquam necessaria. Traj. ad Rhen. 1743. § 8.

Daß auch schon vor diesen Erkenntnissen die Nothwendigkeit des Einzeugens einer Kauffrau vor dem Rathe nicht angenommen sei, folgt offenbar daraus, daß ältere Schriftsteller, indem sie von der Kauffrau handeln und den Begriff derselben bestimmen, von einem solchen Erfordernisse gänzlich schweigen.

Mevius, in comment. ad Jus Lub. lib. 2. tit. 1. a. 14. No. 4. u. lib. 3. tit. 6. art. 21. No. 34 ff.

Marquard, de J. merc. l. 1. C. 12. No. 16.

E. L. Kundenreich, d. de obl. mulierum ex stat. Lub. Altdorf 1685. cap. 1. No. 25—29.

und von ſpätern Schriftſtellern wird die entgegengeſetzte Obſervanz keineswegs behauptet, ſondern ſie erklären das Einzeugen nur für nützlich und räthlich in Beziehung auf die Kauffrauen ſelbſt, welches freilich nicht zu verkennen iſt, woraus aber eine Obſervanz für die Nothwendigkeit nicht gefolgert werden kann. Selbſt Balemann behauptet keineswegs eine Praxis jenes Einzeugens, wie die Appellanten mit Unrecht angeben;

H. Balemann, diss. de foemina. Altdorf 1756. p. 250.

Dahingegen hat Roeder — dem in ſeinem Amte als Niedergerichts-Procurator die Obſervanz wohl bekannt ſein konnte — ausdrücklich das Gegentheil berichtet

l. c. § 7.

Von der gegenwärtigen Zeit ſagen nun die Appellanten ſelbſt, daß es eine große Anzahl nicht eingezeugter Kauffrauen gebe, und das eigene Beiſpiel der Wwe. Wüſthoff entfernt hier jeden Zweifel. Sie iſt während eines Zeitraums von 19 Jahren allgemein und mit Vertrauen als Kauffrau anerkannt, ſie iſt in öffentlichen Documenten als Handelsfrau bezeichnet; der Senat hat auf ihr Anſuchen eine Debitcommiſſion in ihrer Handlungsfallite bewilligt und die Appellanten ſelbſt haben ohne allen Vorbehalt andere Gläubiger der Wittwe W. anerkannt, ja mit ihr ſelbſt Geſchäfte gemacht, ungeachtet dieſe Frau niemals als Kauffrau vor dem Rathe eingezeugt worden iſt. Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.

e) Könnte es unter ſolchen Verhältniſſen und bei ſolchen Gründen noch auf die Meinung von Schriftſtellern ankommen, ſo würden auch hier die Gewährsmänner der Appellaten diejenigen überwiegen, welche die Gegner für ſich anführen können.

Denn obgleich Manzel Anfangs der Meinung geweſen ſein mag, daß zur Gültigkeit der Verträge einer Kauffrau nach Lübſchem Rechte das Einzeugen vor dem Rathe nöthig ſei,

Gesterdingii thes. jur. Lub. T. II. p. 638 ff.

ſo iſt er doch ſpäter, durch Roeber's Widerlegung überzeugt, deſſen Meinung auf's Beſtimmteſte beigetreten.

Manzel, Jus Mecklenb. et Lub. illustrat. Part. 3. cent. V. jud. 31. § 75. p. 273 u. 291.

Und wenn ſich auch aus Stein's ſchwankenden Aeußerungen entnehmen ließe, daß er früher das Einzeugen der Kauffrauen vor dem Rathe allgemein für nothwendig gehalten hätte, ſo hat er doch ſpäter (1751), wo er zu ſolcher Behauptung Veranlaſſung hatte, gänzlich davon geſchwiegen.

Vergl. Abh. des Lüb. Rechts, Th. 3. § 137 mit der Einl. zur Lüb. Rechtsgel. § 145 u. 158.

Balemann, l. c. p. 251, behauptet freilich die Nothwendigkeit des Einzeugens der Kauffrau vor dem Rathe, allein mit flüchtig hingeworfenen, ſchwachen Gründen, und ſpätere Schriftſteller haben mit vollem Rechte ſeiner Meinung ihren Beifall verſagt.

Dreyer, Beitr. zur Litt. u. Geſch. des D. Rechts. 1783. S. 75. not. 5.

Gütschow, studia Lubecens. promovendi commercia. Goett. 1788. p. 50. not. l.

Demnach hat die Beſtätigung des vorigen Urtheils durchaus keine Bedenken finden können. Gleichwohl mußten auch die Koſten dieſer Inſtanz verglichen werden; denn da die Appellanten ein günſtiges Urtheil für ſich hatten, ſo konnte es ihnen als Güterpflegern nicht verdacht werden, daß ſie nach erfolgter Abänderung in zweiter Inſtanz ſich für verpflichtet hielten, in dieſer dritten Inſtanz auf Wiederherſtellung des erſten Erkenntniſſes anzutragen.

XIII. (19A.)

Behrens contra Rodde Debitmasse.

Aus den Entscheidungsgründen zum Urtheil des O.-A.-Gerichts vom 6. Mai 1823 in Sachen

J. Behrens, Bekl., Appellanten,

contra

die Mitadministratoren der Matth. Rodde'schen Debitmasse, Kläger, Appellaten,

wegen Entschädigungs-Ansprüche,

ist zu bemerken:

I. Irrthümliche Auffassung oder unrichtige Auslegung factischer Verhältnisse, welche einem Erkenntnisse zum Grunde liegt, thut dem Rechtsbestande desselben — wenn es übrigens in seinem dispositiven Theil klar ist — keinen Abbruch und kann das Urtheil höchstens zu einer sententia iniqua, nicht zu einer nulla machen.

l. 65. § 2. D. ad Sctum Trebell.
l. 55. D. de re jud.
l. 1. § 2. D. quae sent. sine appell.
l. 13. X. de sent. et re jud.

ferner:

II. So wie man bei einem Beweisinterlocut, welches gewisse behauptete Thatsachen ausdrücklich oder folgeweise für irrelevant erklärt und deshalb bloß die übrigen zum Beweise verstellt, allgemein annimmt, daß dasselbe, auch wenn die Definitive nicht eventuell hinzugefügt ist, der Rechtskraft fähig sei und daß deshalb die Parteien, die wider eine solche Entscheidung kein Rechtsmittel eingewandt haben, zumal wenn nachher keine nova vorkommen, wodurch eine Aenderung herbeigeführt werden könnte, eine Erstreckung

des Beweisinterlocuts auf die als unerheblich ausgelassenen Thatsachen nicht verlangen können, so muß dasselbe auch bei einem Eide und der dafür vom Richter vorgeschriebenen Formel gelten, wenn, wie im vorliegenden Fall, der Eid vom Richter in seinem Interlocut so formulirt worden ist, wie er nachher wirklich abgeleistet werden soll.

Zwar beruft der Bekl. sich dawider auf die Befugniß des Richters, die Eidesformel in jeder Lage des Rechtsstreits zu verbessern; allein, abgesehen davon, daß die angezogene

l. 34. § 5. 8. D. de jurejurando,

die bloß von den Fällen eines zurückgeschobenen Eides oder, wenn die Parteien sich über die Formel nicht einig werden können, redet, diese Behauptung nicht rechtfertigt und daß selbst den gleich unten anzuführenden Behauptungen der Schriftsteller noch manche bedeutende Bedenken, namentlich wegen der in der Praxis einmal angenommenen Rechtskraft des Beweisinterlocuts entgegenstehen; so geht doch das Verlangen des Beklagten auf ein Mehreres, als was selbst diese Schriftsteller einräumen. Denn es handelt sich hier nicht darum, einen rechtskräftig zuerkannten Eid oder einzelne Puncte daraus als überflüssig und unerheblich wegfallen zu lassen, was

Leyser, meditt. ad Pand. sp. 137. med. 3.
Quistorp, Beitr. No. 51. p. 800.
Pufendorf, Observ. T. 2. obs. 109.
Hommel, rhaps. quaest. Vol. 2. obs. 420.
Kind, quaest. for. Tom. 3. cap. 85. p 367.
Berger, supplem. ad elect. descript. for. T. 2. tit. 18. obs. 3.
Boehmer, elect. jur. civ. T. 2. p. 674.
Malblanc, Doctrina de jurej. lib. 3. § 61.

gestatten, auch nicht davon, den nach der vom Deferenten aufgestellten, aber noch nicht richterlich gebilligten Formel angenommenen Eid zu modificiren und dem Beweisthema genauer anzupassen, wie dies

Leyser, l. c. med. 4.
Reinharth ad Christian. Vol. 2. obs. 17.

Quistorp, l. c. p. 799. 800.
Malblanc, l. c. und
Gönner, Handbuch. Th. 2. Abh. 49. § 7. u. 8.
wollen, sondern es ist hier davon die Rede, eine bereits rechtskräftig normirte Eidesformel zu modificiren und ihr einige — überdies kaum sehr erhebliche und nicht wesentliche — Zusätze beizufügen, weil sie nicht ganz adäquat und in den einzelnen Umständen nicht mit völliger Bestimmtheit gefaßt sei. Dieses würde auch schwerlich irgend ein bewährter Rechtslehrer gestatten, da es im höchsten Grade bedenklich sein müßte, einer solchen Theorie, die zu Verschleppungen des Rechtsstreits ohne Ende gemißbraucht werden könnte, zu folgen.

XIV. (19B.)

In den Entscheidungs-Gründen zu einem fernern Urtheil vom 7. Oct. 1825 in derselben Sache ist ausgesprochen:

I. daß Güterverwalter, deren Administration durch einen Procentsatz honorirt wird, sich nicht außerdem für die einzelnen, von ihnen selber besorgten Mühwaltungen in Angelegenheiten der verwalteten Gütermasse eine Vergütung berechnen dürfen, wie dies ausnahmsweise den Advocaten für die Processe, die sie als curatores bonorum führen, erlaubt ist und auch in ähnlichen Verhältnissen als zulässig gilt, wo das vorkommende Nebengeschäft besondere Geschicklichkeit erfordert oder eine ausschließende Berechtigung voraussetzt.

II. daß die Kosten der an die französischen Regie-Beamten (während der franz. Occupation) im Interesse einer Gütermasse (Weinlagers) aufgewandten Bewirthung und Geschenke als allgemein gebräuchliche und zweckmäßige (um in Güte und ohne Nachtheil mit jenen Beamten durchzukommen) Impensen zu betrachten und, wenn bewiesen, aus der Masse zu erstatten seien.

XV. (21.)

Ulff Wittwe contra Charlotte Ulff.

Der im Jahre 1792 mit Tode abgegangene Joh. Friedr. Ulff sen. hinterließ eine Wittwe und einen Sohn Joh. Friedr. Ulff jun, welcher letztere, bevor er mit seiner Mutter Theilung zugelegt hatte, im Jahre 1806 mit Hinterlassung einer Tochter, Charlotte Ulff, und seiner Wittwe aus zweiter Ehe, Dorothea Henriette, geb. Platzmann, verstarb.

Als Letztere nach dem Tode der Mutter ihres verstorbenen Ehemannes ihre portio statutaria aus dem väterlichen Erbtheil des Letztern von ihrer Stieftochter in Anspruch nahm und diesen Anspruch klagend verfolgte, ward sie damit in allen drei Instanzen, und zwar bei'm O.-A.-Gericht nach vorgängiger Actenversendung, abgewiesen.

In den Entscheidungsgründen des in dritter Instanz von der Kieler Universität normirten, unter'm 31. Aug. 1822 abgegebenen Erkenntnisses finden sich folgende Rechtsgrundsätze anerkannt:

I. Die statutarische Portion der unbeerbten Ehefrau beschränkt sich nicht auf die Errungenschaft (einen dem Lübschen Recht ganz unbekannten Begriff), sondern auf alles Gut des erstverstorbenen Ehegatten, auch auf dessen Erbgut.

II. Die unbeerbte Ehefrau vergiebt sich durch Herausnahme ihres Eingebrachten Nichts von den ihr zustehenden Erbrechten an der statutarischen Portion, denn eine partielle vorläufige Abschichtung schadet nicht.

III. Die statutarische Portion kann durch Testament nicht entzogen, noch geschmälert werden. Diese Ansicht stimmt trotz Mevius ad art. 8. tit. 1. lib. II. No. 71—82,

mit den übrigen Dispositionen und dem ganzen Geist des Lübschen Rechts am Besten überein und ist allgemein angenommen.

Stein's Abh. I, § 114.

Vollends kann eine Schmälerung der statutarischen Portion am Erbgut schon deshalb nicht geschehen, weil über Erbgut überall nicht testirt werden kann.

Stein's Abh. II, § 70.

IV. Die aus einem Testament entspringenden Erbrechte werden nur alsdann erworben und auf die Erben transmittirt, wenn die der Einsetzung hinzugefügte Bedingung bei Lebzeiten des Honorirten existent wird; so daß z. B. Kinder, welche unter der Bedingung eingesetzt sind, daß sie der Wittwe den lebenslänglichen Nießbrauch lassen, oder vielmehr, daß sie bei deren Lebzeit keine Theilung fordern und welche demnächst vor der Wittwe mit Tode abgehen, ihre eventuellen Erbrechte nicht auf ihre Erben transmittiren, weil die ihnen sub conditione negativa bestimmte Erbschaft ihnen niemals deferirt worden ist.

V. An denjenigen Gütern, in Ansehung welcher der verstorbene Ehemann sich mit einem der Eltern in ungetheilter Gemeinschaft befunden, steht der Wittwe die statutarische Portion nicht zu. (Also dem Wittwer eben so wenig an den ähnlichen Gütern der Ehefrau.)

Denn für diese Ansicht ist das Uebergewicht der Gründe und

Mevius, ad lib. II. tit. 2. art. 2. art. 12. No. 30.
— ad art. 6. Resp. XII.
Stein, Abh. II, § 267.
v. Mehlen, gesetzl. Erbf. nach Lüb. Recht. § 38. (3.)

Das Recht der Gläubiger auf die in communione befindlichen Güter ist damit nicht im Widerspruch, denn dasselbe gilt nur in dem Fall, daß nachher eine Theilung wirklich Statt findet.

XVI. (22.)

Feldmann & Behn contra Dubbe.

In Sachen: Feldmann & Behn in Lübeck, Bekl., Widerkläger, Appellanten,

wider

den Bürgermeister L. H. Behncke, mand. noie. für Jacob Dubbe zu Wisby, Kläger, Widerbeklagten, Appellaten,

Forderung und Gegenforderung betr.

war Beklagter vom Niedergericht mittelst Erkenntnisses vom 6. Juli 1822 zur Bezahlung der eingeklagten (durch Geständniß liquiden) Schuld von 1975 ℔ 11½ ß nebst Verzugszinsen, Auslieferung von 42 Schleiffsteinen und 3 Tonnen Braunroth verurtheilt, mit seinen (illiquiden) Gegen-Ansprüchen aber ad separatum verwiesen worden.

Dies Erkenntniß fand sowohl im Obergericht unter'm 21. Nov. 1822, als auch bei'm O.-A.-Gericht unter'm 28. Juni 1823 Bestätigung, welche letztere auf nachstehende Entscheidungsgründe gestützt ist.

Dürfte man die drei Gegenforderungen des Beklagten ihrem ganzen Umfange nach als Grundlagen einer Widerklage ansehen, so wäre das Lüb. Statut

lib. V, tit. 3. art. 3.

wornach der Kläger dem Beklagten auf die Reconvention keine Antwort geben darf, „er sei denn zuvor von ihm mit Recht geschieden," allein schon zur Begründung des Urtheils genügend; denn gesetzt auch, man wollte diese allgemeine Vorschrift auf connexe Gegenforderungen nicht erstrecken, so ist doch daraus allein, daß die Parteien in wechselseitigem Verkehr gestanden, noch keine Connexität ihrer ganz verschiedenen Ansprüche zu folgern, selbst wenn diese Ansprüche irgend

einmal in Briefen oder sonst in eine gewisse Verbindung gebracht sein sollten. Eine wahre Connexität zwischen Forderung und Gegenforderung ist aber hier gar nicht vorhanden.

Indessen muß man dem Appellanten darin Recht geben, daß seine Gegenforderungen nur insoweit, als sie über die eingeräumte Forderung hinausgehen, unter den Begriff der Reconvention fallen und daß sie bis zur Summe der Convention die Natur einer Einrede der Compensation annehmen.

Allein selbst als Gegenstände der Compensation betrachtet, mußten die Gegenforderungen, nach Vorschrift der Gesetze, wegen ihrer Illiquidität ad separatum gewiesen werden, da die Klage selbst völlig unbestritten und liquid ist.

§ 30. Inst. de action. (4, 6.)
l. 14. Cod. de compens. (4, 31.)

Haben nun auch mehrere, insbesondere neuere Rechtsgelehrte behaupten wollen, daß diese Gesetze auf den heutigen Proceß nicht anzuwenden seien,

A. Vinnii sel. quaest. L. 1. cap. 50.
A. D. Weber, Beitr. zur Lehre v. Kl. u. Einr. 1. Th. S. 60.
Thibaut, Syst. der Pand. II. § 997. (6. Aufl.)
Archiv für civil. Praxis. II. S. 210.

so kann man ihnen doch nicht beistimmen, zumal da die Vorschrift des zuerst angeführten Gesetzes so deutlich ist, daß sie keinem Zweifel Raum läßt,

vergl. Theophili Paraphr. Inst. ex vers. G. O. Reitz. Hag. 1751. T. 2. ad h. t. § 39. p. 836 ff.

und da die dispositiven Worte des zweiten Gesetzes so allgemein sind, daß man sie bloß wegen der angeführten beschränkten ratio legis, die, wie das Wort forte andeutet, ohnehin unvollständig und nur beispielsweise aufgestellt ist, nicht mit Beschränkung anwenden darf.

Verdient nun schon überhaupt die ältere, allgemeinere und in den Gerichten übliche Meinung den Vorzug, so muß dies nach Lübschem Rechte um so gewisser angenommen werden, da die angezogene Vorschrift wegen der Reconvention

ihrem Geiste nach zu einer analogen Anwendung auf die Einrede der Compensation berechtigt und das Hamb. Statut, welches nicht selten zur Erläuterung des Lübischen dienlich ist, nur bei liquiden Gegenansprüchen die Compensation gestattet. art. un. T. 23. lib. I.

Dazu kommt, daß hier von einer Handelssache die Rede ist, welche nach dem Gem. Besch. vom 20. Febr. 1789, soweit es sich thun läßt, höchst summarisch behandelt werden soll. Nun wollen aber diejenigen Rechtslehrer selbst, welche sonst auch illiquide Gegenforderungen zur gleichzeitigen Verhandlung zulassen, dies in summarischen Sachen doch keineswegs gestatten.

Freilich würde man zu weit gehen, wenn man einem Kläger zugestehen wollte, aus einer wechselseitigen Abrechnung im Handelsverkehr seine unbestrittenen Credit-Posten einzuklagen und zu verlangen, daß der Gegner mit allen oder einzelnen Debet-Posten bloß deswegen, weil solche geläugnet oder nicht sofort erwiesen seien, ad separatum verwiesen werden solle. Allein es kann doch auch hiebei nicht darauf ankommen, ob der Beklagte eine Forderung in die Conto-Courant gesetzt hat, sondern es ist wesentlich darauf zu sehen, ob sie ihrer Natur nach und zwar mit bestimmter Angabe des Betrags in die Conto-Courant gesetzt werden konnte und durfte? — welches nach Ansicht des Gerichts mit den unbestimmten Schadensansprüchen des Beklagten, ja selbst mit einzelnen dem Kläger von ihnen zugesandten Assignationen und Rimessen nicht der Fall gewesen, „da letztere nicht von der Art waren, daß auf „einen prompten Eingang derselben gerechnet werden „durfte, Beklagte also den Betrag nicht mit voller „Ueberzeugung in gutem Glauben dem Kläger so„fort in sein Debet setzen konnten." —

XVII. (26.)

Horstmann contra Fick.

In Sachen Claus Detl. Horstmann zu Dissau, uxor. noie., Klägers, Appellanten,

contra

Asmus Fick daselbst, Bekl., Appellaten,

Aussteuer und Anderes betr.

hat das O.-A.-Gericht mittelst Urtheils v. 8. Febr. 1823 bei Bestätigung der Erkenntnisse erster und zweiter Instanz die Ansprüche des Klägers

1) auf eine seiner Ehefrau ausgelobte Aussteuer,

2) auf einen Theil der ihren unverheirathet verstorbenen Geschwistern versprochenen Aussteuer,

und zwar erstern hauptsächlich wegen der ihm nach Stat. I, 5, 2 entgegenstehenden Verjährung, letztern wegen nicht eingetretener Bedingung des Versprechens verworfen, und heißt es in ersterer Beziehung in den Entscheidungsgründen folgendermaßen:

„Es erhellt aus mehreren Stellen des Lübschen Rechts, daß unter Aussteuer oder Brautschatz alles dasjenige verstanden wird, was die Frau bei ihrer Verheirathung dem Manne zubringt, und wenn dieses auch die gänzliche Abfindung von dem Vermögen eines oder beider Eltern sein sollte. Lüb. Stat. I, tit. 5. art. 4, 5, 7, 10, 11. II, tit. 2. art. 25 u. 34.

Da nun dasjenige, was der Ehefrau des Klägers in dem Vergleich vom Jahre 1778 gelobt worden ist, ihr auf den Fall ihrer Verheirathung gelobt wurde, so erscheint dasselbe als ein wahrer Brautschatz im Sinne des Lübischen Rechts, und es findet die in den Statuten I, tit. 5. art. 2,

vorgeschriebene Verjährung von 2 Jahren hier ihre Anwendung. Ja, wollte man auch den andern Gesichtspunct, daß darin die Abfindung vom Vatergute enthalten sein sollte, vorzugsweise geltend machen, so würde alsdann der erste Artikel des angezogenen Titels eintreten, folglich ebenfalls der des Klägers Ehefrau beschiedene Theil von ihr binnen 2 Jahren nach eingegangener Ehe, als dem festgesetzten Termine, zu fordern gewesen sein.

Zwar ließe sich gegen die Anwendung beider Artikel das Bedenken erheben, daß ihre Worte nur auf eine zur Zeit der Verheirathung versprochene Abfindung oder Ausstattung lauten, im vorliegenden Fall aber jenes Versprechen lange vor der Verheirathung von Klägers Ehefrau Statt gefunden hatte; allein es ist nicht abzusehen, warum beide Fälle verschieden behandelt werden sollten, und des erstern wurde gewiß nur deshalb allein gedacht, weil er der gewöhnliche ist. Auch kann schon aus diesem Grunde nicht gegen die Anwendung des angeführten Art. 2 in Betracht kommen, daß er von einem dem künftigen Ehemanne versprochenen Brautschatz redet, und es verliert dieser Einwurf alle Bedeutung, wenn man findet, daß es in den ältern Statuten und noch in der ersten und den nächstfolgenden Ausgaben des 1586 revidirten Stadtrechts zu Anfange des Artikels lautet: „den Brautschatz, welcher ihr mit gelobet wird.

Da nun auch der Kläger nicht zu behaupten vermocht hat, daß es mit dem Beklagten in Güte vereinbart worden, daß die versprochene Ausstattung bei ihm stehen bleiben solle, und da auch das bloße Anerkenntniß des Beklagten, jene Ausstattung noch nicht entrichtet zu haben und noch dazu schuldig zu sein, selbst wenn es damit seine Richtigkeit haben sollte, als ein neues Zahlungsversprechen nicht angesehen und daher zur Beseitigung der einmal abgelaufenen Verjährung für geeignet nicht gehalten werden kann, so war es in diesem Puncte bei dem vorigen Erkenntniß lediglich zu belassen."

Ad 2. Die zweite Forderung ist, wie es ferner in den Entscheidungsgründen heißt, unter andern Gründen dadurch hinfällig, daß den verstorbenen Geschwistern der Klägerin eine Aussteuer nur bedingt, wenn sie sich verheirathen würden, versprochen worden, mit dem Wegfallen dieser Bedingung also auch jene Verpflichtung selbst aufhören mußte.

Ja, wollte man auch jene Clausel nur als eine hinzugefügte Zeitbestimmung der Leistung ansehen, so würde das doch zu demselben Resultate führen, da Zeitbestimmungen, von welchen es ungewiß ist, ob sie überall eintreten, den Bedingungen gleich geachtet werden.

l. 56. D. de cond. indeb.

Cujacii observ. lib. 13. obs. 20.

Und obwohl letztere Regel dann eine Ausnahme leidet, wenn die Zeitbestimmung bloß als Termin der Auszahlung hinzugefügt ist,

l. 46. D. i. f. ad S. C. Trebell.

l. 5. Cod. quando dies legat.

Averanii interpret. lib. 2. cap. 16.

so kann doch dieser Fall hier weder nach der Wortfassung des Vergleichs von 1778 noch nach den Grundsätzen angenommen werden, welche bei den deutschen Bauergütern in Ansehung der Auslobungen befolgt zu werden pflegen."

XVIII. (27.)

Klodt contra Klodt zu Rönnau.

Aus dem O.-A.-Gerichts-Erkenntniß vom 10. Jan. 1823 ist zu entnehmen:

I. Die actio familiae herciscundae, welche bekanntlich durch eine bloß partielle Theilung nach klaren Stellen

l. 44. pr. D. fam. herc. (10, 2.)

l. 1, 21. Cod. eod. (3, 36.)

nicht ausgeschlossen wird, hat die Natur einer actio mixta, in welcher es so angesehen wird, als habe auch der Beklagte dieselbe ebenfalls erhoben, und in welcher nicht bloß Verurtheilung des Beklagten, sondern auch des Klägers gilt, überhaupt par causa litigantium ist.

l. 13. D. de judic. (5, 1.)

l. 37. § 1. D. de obl. & act. (44, 7.)

II. Die Klage setzt nur voraus: daß der Beklagte Miterbe, nicht daß er im Besitz aller oder einzelner Theile der Erbschaft befindlich sei; in ihrem Gegenstande aber erstreckt sie sich auf Alles, was irgend zur Erbschaft gehört.

III. Der Manifestationseid unter Miterben ist durch die Natur der Sache, Lehre der Schriftsteller und den Gerichtsgebrauch begründet, und rechtfertigt sich insbesondere, wenn der Miterbe qu im Hause des Erblassers zur Zeit des Ablebens desselben sich aufhielt und leichte Gelegenheit hatte, von dem Nachlasse etwas zu entfremden.

XIX. (28.)

Beskow contra Pobertz.

H. N. Beskow in Stockholm sandte im Mai 1821 an P. Pobertz in Lübeck mit dem Schiffer J. Beskow zwei Quantitäten Eisen, nemlich 1361 Stangen und 317 Stangen. Das erstere Quantum war von Pobertz beordert, das Connossement darüber vom 27. April 1821 nennt ihn als Empfänger und der Betrag der Waare ward mittelst eines vom Absender auf Pobertz gezogenen, in Hamburg 67 Tage nach dato zahlbaren, an Ordre G. P. Lübders gestellten Wechsels vom 27. April 1821 entnommen, welchen Wechsel Pobertz ohne Datum acceptirte und bei H. & G. M. Brauer in Hamburg domicilirte.

Das zweite Quantum Eisen ward dem Pobertz mittelst Connossements vom 5. Mai 1821 Anfangs in Commission zugesandt, später an ihn verkauft, die Factura darüber am 8. Juni 1821 ihm zugefertigt und der Betrag ebenfalls mittelst eines auf Pobertz gezogenen, 67 Tage nach dato fälligen Wechsels entnommen.

Der Schiffer kam am 23. Mai auf der Travemünder Rhede an, löschte daselbst am folgenden Tage 350 Schk. Eisen in ein Ballastboot und kam am 27. s. M. mit dem Rest der Ladung zugleich neben dem Leichterfahrzeug in den hiesigen Baum, worauf das Eisen gelöscht und dem Pobertz abgeliefert ward.

Am 28. Juni lassen Freitag & Co., als Inhaber des erstgedachten Wechsels und im Interesse des Absenders Beskow, von Pobertz notarialiter die Auslieferung der ihm in Commission gesandten 317 Stangen Eisen und Sicherheit für die Bezahlung jenes Wechsels oder eventual Auslieferung der 1361 Stangen, wofür er gezogen worden, begehren, welches sie durch das allgemeine Gerücht von seiner Zahlungsunfähigkeit motiviren.

Pobertz weigert sich dessen, erklärt aber am 30. Juni seine Insolvenz, worauf am selbigen Tage Commissarien seiner Debitmasse vom Senat ernannt und von Freitag & Co., Namens Beskow, Arrest auf das an Pobertz geschickte Eisen erwirkt wird.

Bei Verfolgung dieses Arrestes bitten sie, gestützt auf den Gem. Bescheid des Senats vom 9. Febr. 1803,

1) Auslieferung der in der Masse noch in natura vorhandenen 1337 Stangen,

2) Auslieferung des für die verkauften 341 Stangen gelös'ten und entweder baar vorhandenen oder ausstehenden Geldes.

Nach geschehenem Schriftenwechsel erkannte das Niedergericht am 24. Nov. 1821:

„daß Bekl. (Curatoren der Masse) schuldig seien, das Eisen, soweit es noch in natura,

oder das dafür erhobene Geld, soweit es noch in massa vorhanden, gegen Erstattung der darauf haftenden Fracht und Spesen, cum. exp. herauszugeben, und zwar, soviel die 317 Stangen betreffe, unbedingt, in Ansehung der 1361 Stangen aber unter Vorbehalt des Gegenbeweises der Beklagten: daß diese Parthie Eisen vor den letzten 4 Wochen, vom Tage der Insolvenzerklärung des Falliten zurückgerechnet, in die Hände desselben gelangt und daß ihm der Kaufpreis derselben creditirt sei."

Auf beiderseitige Appellation ward unter'm 2. Mai 1822 vom Obergericht, unter Verwerfung der Beschwerden der Beklagten, das vorige Erkenntniß dahin abgeändert:

1) daß Beklagte nicht einen bloßen Gegenbeweis, sondern den Beweis der Crediirung des Belaufs der 1361 Stangen Eisen, salva reprob., zu führen haben;

2) dem Kläger dagegen der Beweis der Behauptung nachzulassen sei: „daß Poberz seine Insolvenzerklärung um mehrere Tage in betrüglicher Absicht verzögert habe."

Hiegegen appellirten die Beklagten an das O.-A.-Gericht, welches am 22. April 1823 erkannte:

„daß es zwar in Ansehung der Parthei von 317 Stangen und der 86 Stangen Eisen, welche irrthümlich zuerst an Jürg. Hüni, Freitag & Co. gelangt seien, bei den vorigen Erkenntnissen zu belassen, im übrigen aber dieselben beide wieder aufzuheben und dagegen Kläger schuldig sei, innerhalb einer vom Niedergericht anzusetzenden Frist, mit Vorbehalt des Gegenbeweises, besser als geschehen zu erweisen, entweder

daß die Parthei von 1361 Stangen Eisen oder wieviel davon — außer den obge-

dachten 86 Stangen — nach dem 1. Juni 1821 an den Falliten geliefert worden,

oder auch

„daß derselbe seine Insolvenz-Erklärung in der Absicht bis zum 30. Juni 1821 verschoben habe, um die Vindication des Klägers zu verhindern oder zu erschweren;"

unter Vergleichung der Kosten zweiter und dritter und Aussetzung der Kosten erster Instanz.

Entscheidungsgründe:

Die in den vorigen Erkenntnissen ausgesprochene unbedingte Vindicationsbefugniß des Klägers in Hinsicht der 317 Stangen Eisen, welche dem Falliten Poberty Anfangs in Commission gegeben und nachher käuflich überlassen worden sind, haben die Appellanten in dieser Instanz gar nicht weiter angefochten, mithin mußte es wegen dieser Parthei Eisen nothwendig bei den gedachten Erkenntnissen gelassen werden.

Soviel nun aber die andere Parthei von 1361 Stangen betrifft, so hat der Kläger drei verschiedene Rechtsgründe aufgestellt, auf deren Vindication aus der Fallitmasse zu begründen.

1. Zuerst beruft er sich darauf, daß die Waare nicht auf Credit verkauft, mithin nach Vorschrift des gemeinen Rechts bis zur erfolgten Bezahlung das Eigenthum des Verkäufers geblieben sei, und — insofern das dabei vorausgesetzte Factum seine Richtigkeit hätte — würde die Gültigkeit dieses Klaggrundes nicht zu bestreiten sein.

Zwar behaupten die Beklagten, durch den Lüb. Gem. Bescheid vom 9. Febr. 1809 seien die Grundsätze des römischen Rechts von der Vindication aufgehoben; allein der Zweck, der Inhalt und die deutschen Worte jenes Gesetzes widerlegen diese offenbar ungegründete Behauptung. Auch suchen die Beklagten vergebens jenen ersten Klaggrund dadurch zu beseitigen, daß sie annehmen, es sei hier eine der Bezahlung gleichzuachtende satisfactio geleistet, weil der Fallit den unter'm 27. April

1821 über den Belauf der Waare gezogenen, an die Ordre von G. P. Lübders in Hamburg gestellten, 67 Tage nach dato fälligen Wechsel acceptirt hat. Denn, da in einem solchen Accept nur ein bloßes Versprechen der ohnehin schuldigen Zahlung enthalten ist, mithin dadurch noch gar Nichts wirklich gezahlt, auch dem Gläubiger keine neue oder größere Sicherheit gegeben wird — welches nur dann geschehen würde, wenn ein Dritter für den Käufer der Waare den desfalls gezogenen Wechsel acceptirt — so ist hier weder eine baare Zahlung noch eine satisfactio vorgegangen.

Demnach kommt Alles bloß darauf an, ob die 1361 Stangen Eisen contant oder auf Credit verkauft worden sind? Wäre dies zweifelhaft, so würde die Frage entstehen, ob unter den vorhandenen Umständen dem Kläger der Beweis eines contanten Verkaufs, oder den Beklagten der Beweis des gegebenen Credits aufzulegen sei? Allein, es bedarf dieser Untersuchung nicht, da aus den Acten deutlich hervorgeht, daß wirklich Credit gegeben worden ist; woraus denn von selbst folgt, daß der in den vorigen Urtheilen desfalls von den Beklagten geforderte Beweis denselben nicht aufgebürdet werden darf. Es hat nemlich der Kläger an demselben Tage, da er dem Pobertz das Connossement einschickte, den 27. Apr. 1821, den Belauf der Waare 67 Tage a dato auf denselben entnommen, also sich mit bloßem Zahlungsversprechen begnügt. Darin liegt allerdings ein dem Pobertz gegebener Credit „nam fides ei habita est promittendi sine satisdatione.“

l. 4. § 8. D. de fideicomm. libert. (40, 5.)

Der contante Verkauf erfordert wesentlich, daß man dem Käufer die Waare in Erwartung sofortiger Bezahlung überliefere. Hier ist aber dem Käufer eine von der Lieferung unabhängige Zahlungszeit bestimmt; der Verkäufer hat ihm ohne alle Sicherheit geliefert, während er wußte, daß die Befriedigung nicht sogleich erfolgen werde. Durch dies Verfahren ist offenbar dem Empfänger der Waare ein Vertrauen bewiesen, fides habita est, mithin liegt der gegebene Credit klar am Tage.

l. 24. J. de rer. div. (2, 1.) l. 19. D. de contr. emt. & vend. (18, 1.)

J. Stryck, de fide habita (diss. Ed. Frcof. III, No. 19.) cap. IV, No. 35 ff.

J. A. Seiffert, Erörterungen einzelner Lehren des Röm. Rechts. 2. Abth. S. 23.

Diesen Grundsätzen gemäß hat auch das Lübsche Recht das Creditgeben mit den Worten bezeichnet: „wenn einer etwas kauft von einem auf eine gewisse Zeit zu bezahlen und der Verkäufer trauet dem Käufer, also, daß er, der Käufer, solch Gut in seine Gewehr bringet."

Lib. III, tit. 5, art. 6.

Mag nun der Kläger dem Pobertz schon durch die Einsendung des Connossements oder erst durch die vom Schiffer geschehene Ueberlieferung der Waare eine Dispositions-Befugniß über dieselbe gegeben haben, so konnte in keinem Falle darauf gerechnet werden, daß Lieferung und Zahlung zusammentreffen würden; insbesondere war es gar nicht zu erwarten, daß der Schiffer erst 67 Tage, nachdem er in Stockholm das Connossement gezeichnet hatte, die Waare hieselbst liefern werde.

Zwar sucht der Kläger sich damit zu schützen, daß 67 Tage die gewöhnliche Zeit sei, welche schwedische, auf Hamburg und Lübeck gezogene Wechsel zu laufen haben, und daß man deswegen einen solchen Wechsel so ansehen müsse, als sei baare Zahlung verabredet. Allein, ein Credit, der im Handelsverkehr gewöhnlich gegeben zu werden pflegt, bleibt gleichwohl immer ein Credit. Ja selbst, wenn 67 Tage nicht bloß das Uso, sondern sogar die kürzeste Frist wären, welche man dem Wechselauf von Schweden auf hier bestimmen könnte, — woran doch sehr zu zweifeln ist, da nach Kruse das Uso in Schweden insgemein 1 Monat nach Sicht bedeutet und auf Hamburg auch à 37 Tage oder 1 Monat gewechselt wird, —

im Comtoiristen (5. Ausg. 1808). S. 495.

so würde dennoch durch ein solches Ziehen ein Credit gegeben, fides habita, sein, weil der Kläger das Connossement unmit-

telbar an Pobertz überschickte und solches nicht einmal einem Dritten zugehen ließ, um es wenigstens nur gegen Annahme des Wechsels auszuliefern, insbesondere aber, weil er nicht ausbedungen hatte, was so oft geschieht, daß für den Belauf der Waare auf ein anderes Haus gezogen werden dürfe und weil man bei gänzlichem Mangel an Vertrauen sogar die Waare an einen Dritten gehen lassen kann mit dem Auftrage, sie nur gegen baare Zahlung an den Käufer verabfolgen zu lassen.

Zwar ist dieses Verfahren ungewöhnlich und bedenklich, weil nur ein Mißtrauen gegen den Käufer dazu Anlaß geben kann; allein eben deswegen ist es um so gewisser, daß derjenige, welcher anders verfährt, ein Vertrauen beweiset, welches freilich die Seele des Handels ist und daher in der Regel einzutreten pflegt.

Endlich hat Kläger bei diesem ersten Klaggrunde sich noch darauf berufen, daß nach hiesigem Gerichtsgebrauch ein solches Wechselziehen, wie hier vorgegangen, einer verabredeten contanten Zahlung gleichzusetzen sei, worüber auch ein Präjudicat von ihm beigebracht worden; und wenn gleich dies Präjudicat, theils seinem Inhalte nach, theils als einzeln dastehend, noch nicht für beweisend angenommen werden darf, so ließe sich doch zweifeln, ob nicht dem Kläger ein besserer Beweis des behaupteten Gerichtsgebrauchs nachgelassen werden müsse? zumal da die Meinung bekannter Schriftsteller, daß ein Wechselziehen a Uso dem contanten Handel gleichzustellen sei, wohl Anlaß gegeben haben kann, demgemäß in den Lübeckischen Gerichten zu erkennen.

Martens, Grundriß des Handelsrechts. § 15.

Carstens, Beitr. zur Erl. des Lüb. Rechts. 2. Sammlung. S. 172.

Allein der Gerichtsgebrauch macht nur in Puncten, welche die gesetzlichen Vorschriften völlig zweifelhaft gelassen haben, (in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur) eine bindende Norm für die Zukunft,

l. 38. D. de leg. (1, 3.)

wohingegen bei einer Frage, welche durch dieselben deutlich

genug entschieden ist, ein aus irrigen Ansichten entsprungener Gerichtsgebrauch den Richter nicht binden kann,

l. 14. l. 39. D. de legibus. l. 12. D. de off. praes. (1, 18.) l. 2. Cod. de legg. (1, 14.) l. 13. C. de sent. et interl. (7, 45.)

Haus, Versuch über d. Werth des Gerichtsgebr. §7 ff. zumal im gegenwärtigen Falle, wo es auf die Beurtheilung einer Handlungsweise des kaufmännischen Publicums ankommt, wobei vor allen Dingen auf die dieser Handlungsweise zum Grunde liegende Ansicht gesehen werden muß.

Nun steht aber wohl nicht zu bezweifeln, daß ein vorsichtiger Kaufmann sich in ein Geschäft, wie das vorliegende, mit Niemandem einlassen wird, den er nicht für hinreichend sicher hält, um ihm den Belauf der Waare bis zur Verfallzeit des Wechsels zu creditiren.

II. Der zweite Klaggrund, welcher davon ausgeht, daß eine auf Credit verkaufte und unbezahlte Waare, die innerhalb der letzten 4 Wochen vor dem Ausbruch der Insolvenz überliefert worden, von dem Verkäufer vindicirt werden könne, ist in dem Gem. Bescheide vom 9. Febr. 1803 gesetzlich festgestellt, auch ist dieser Grundsatz an sich von den Beklagten nicht bestritten. Demnach kommt es nur auf die Frage an, ob die Ueberlieferung der 1361 Stangen Eisen wirklich in den angegebenen Zeitraum fällt?

Dieser Behauptung haben die Beklagten schon insbesondere deswegen widersprochen, weil die Waare schon durch die Verladung in das Schiff Neptunus oder doch symbolisch durch die Einsendung des Connossements längst vor jenem Zeitraum an den Falliten überliefert worden sei.

Allein die Verladung einer Waare, d. h. deren Ablieferung an den Schiffer würde nur dann einer Ablieferung an den bestimmten Empfänger gleichzuachten sein, wenn der Schiffer von letzterm angenommen und zur Ueberbringung der Waare an ihn beauftragt wäre. Ist dagegen, wie in diesem Falle, der Frachtcontract vom Absender geschlossen worden, so muß der Schiffer vielmehr als dessen Mandatar

angesehen, folglich angenommen werden, daß die Waare bis zu ihrer Entlöschung im Besitze des Absenders geblieben sei.

l. 65. pr. D. de acqu. rer. dom. (41, 1)

Auch eine symbolische Tradition der Waare durch Einsendung des Connossements läßt sich nach allgemeinen Rechtsbegriffen nicht behaupten. Denn abgesehen davon, daß nach dem Röm. Rechte zur Tradition die Gegenwart der zu überliefernden Sache erfordert wird,

v. Savigny, Recht des Besitzes. 3. Aufl. § 16. S. 198 u. 203.

und, wenn man auch annimmt, daß nach dem germanischen Rechte, wenigstens bei Immobilien, auch eine abwesende Sache symbolisch tradirt werden könne,

G. L. Böhmer's Rechtsfälle. 2. Bd. No. 137. § 5. S. 333.

Gesterding's Lehre v. Eigenthum. (1817.) S. 155.

so setzt doch diese Art der Tradition allemal eine Handlung voraus, welche ausdrücklich in der Absicht und bloß zu dem Zwecke vorgenommen wird, um mittelst derselben die Sache selbst symbolisch zu überliefern.

G. L. Böhmer a. a. O. 3. B. No. 244. § 4. S. 663.

Das Connossement wird aber dem Empfänger keineswegs als Stellvertreter und Symbol der Waare zum Zweck der Ueberlieferung derselben, sondern in der Absicht zugeschickt, damit er daraus die Bedingungen des Frachtcontracts ersehen und sich gegen den Schiffer zum Empfang der Waare legitimiren könne.

Gesterding, Irrth. der Rechtsgelehrten. (1818.) No. 7. S. 221 ff.

Mit Unrecht berufen die Beklagten sich dagegen auf einen allgemeinen Handelsgebrauch. Zwar ist es dem Interesse des Handels ganz angemessen und daher in der handelnden Welt in lebhaftem Gebrauche, daß der Absender eines Connossements die darin benannte Waare als in die dritte Hand gekommen ansehen muß, wenn auch die Waare selbst noch nicht an den Bestimmungsort gelangt, das darüber gezeichnete Connossement aber im guten Glauben schon

an einen Dritten übertragen ist. Allein daraus folgt nicht, daß es gebräuchlich sei, die Einsendung des Connossements der wirklichen Ueberlieferung der Waare gleich zu achten, sondern nur, daß dem Empfänger des Connossements ein gewisses Dispositionsrecht über die noch nicht angekommene Waare beigelegt werde. Dahingegen dürfte wohl nirgends dem Empfang des Connossements und dem Empfang der Waare völlig gleiche Wirkung beigelegt sein; insbesondere verweigern die meisten Handelsrechte dem Absender die Vindication einer Waare wegen eingetretenen Fallissements des Empfängers, wenn solche bereits wirklich in dessen Gewahrsam gekommen ist, da sie doch eine solche Vindication während des Transports der Waare gestatten, wenn auch das Connossement sich schon in den Händen des Falliten befindet, vorausgesetzt, daß solches nicht bereits gültig von ihm weiter transportirt sein sollte.

N. Hamb. Falliten-Ordn. Art. 25. Code de Commerce art. 577—8.

vgl. Locré esprit du Code de comm. Tom. VII, p. 239 ff. u. p. 291 ff.

Lawes practical treatise on Charte-Parties, Bills of lading and Stoppage in transitu. London 1813. p. 397 ff. u. p. 498.

Benecke, System des Assecuranzwesens I, S. 216 f. 263 ff.

So kommt es denn lediglich darauf an, in welchem Zeitpuncte die streitigen 1361 Stangen Eisen dem Falliten Pobertz recht eigentlich überliefert sind, zumal da auch in dem Gem. Bescheide, von dessen Anwendung es sich handelt, weder von der Verladung einer Waare in das Schiff, noch von der Einsendung des Connossements, sondern deutlich genug von der wirklichen Ueberlieferung an den Käufer selbst die Rede ist. Hiebei sind aber wieder die Parteien uneinig, sowohl darüber, 1) von welchem Zeitpuncte an rückwärts die zur Vindication berechtigenden vier Wochen, worin die wirkliche Ablieferung geschehen sein muß, zu rechnen sind, als 2) darüber, an welchem Tage die Lieferung an den Falliten vorgegangen ist?

Ad 1. Das hier entscheidende Gesetz vom 9. Febr. 1803 stellt gleich Anfangs den Ausbruch des Concurses als den Moment dar, von dem aus die entscheidenden vier Wochen rückwärts gerechnet werden müssen; und wenn auch nachher wieder von 4 Wochen vor der Insolvenz die Rede ist, so läßt sich doch nicht annehmen, daß damit eine andere, ohnehin allemal ungewisse und schwankende Bestimmung beabsichtigt sei, zumal da der Zweck des ganzen Gesetzes auf Entfernung von Ungewißheit und Weiterungen gerichtet ist. Nun läßt sich gewiß nicht behaupten, daß ein Concurs bereits ausgebrochen sei, wenn Jemand außer Stande ist, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen oder wenn ein Gerücht geht, daß er seine Zahlungen einstellen werde, oder, wenn der nachherige Fallit darauf denkt und damit umgeht, seine Güterabtretung vorzubereiten, oder endlich, wenn ein Gläubiger nach vergeblich gebliebenen Arrestgesuchen, Protestationen und dergl. Schritte thut, um seine Befriedigung oder seine künftigen Rechte zu sichern.

Insbesondere hat das Lübische Recht nichts von dem Allen für den Anfang und Ausbruch des Concurses erklärt; vielmehr ist in den Stellen, zu deren authentischer Interpretation zunächst jener Gem. Bescheid gegeben wurde, ausdrücklich nur vom Tode und von der Flucht des Schuldners die Rede,

lib. III. tit. 1. art. 3. tit. 6. art. 1.

wozu an einer andern Stelle noch die wirkliche Güterabtretung und die erste „Besate" hinzugekommen sind.

lib. V, tit. 12. art. 3.

Zwar heißt es daselbst auch „et a tempore scientiae, sofern es notorium, daß er in Schulden vertieft gewesen." Allein damit ist nach einer natürlichen Auslegung nicht vorgeschrieben, daß die Notorietät eines verschuldeten Zustandes für sich allein als Anfangspunct des Concurses anzusehen sei, sondern nur, daß der Zeitraum von Jahr und Tag, während dessen die Masse zu Jedermanns Rechte liegen muß, nicht schon vom Tode oder von der Flucht des Schuldners anfangen soll, wenn es nicht auch sofort allgemein bekannt gewesen,

daß er in Schulden vertieft gestorben oder seiner Schulden halber geflohen sei.

Hiernach ist dem Kläger nicht beizupflichten, wenn er die zur Vindication berechtigenden vier Wochen von dem Tage an rechnen will, da Pobertz vielleicht seine Bilance zum Behuf künftiger Güterabtretung aufgemacht hat, oder da dessen insolventer Zustand an der Börse bekannt geworden ist, oder da er, Kläger selbst, vergeblich Arreste auf die Waaren gesucht hat oder seine Protestation gegen den nachherigen Falliten durch einen Notar hat einlegen lassen. Letzteres insbesondere ist als eine eigene und willkührliche Handlung von Seiten des Klägers, um so weniger in Betracht zu ziehen, da es gegen den Geist und die Absicht des Gesetzes sonst ganz in der Hand der Verkäufer sein würde, sich bei jedem Handel auf Credit, bloß durch das Einlegen einer Protestation vor Ablauf von 4 Wochen eine größere Sicherheit zu verschaffen.

Nach dem Allen können die gesetzlichen vier Wochen nur von dem Momente der wirklichen Güterabtretung des Pobertz, nemlich vom 30. Juni 1821, diesen Tag nicht mitgerechnet, rückwärts gezählet werden, es wäre denn, daß gedachter Pobertz, wie Kläger behauptet, wirklich in der Absicht, um die sonst eingetretene Vindication des Klägers zu verhindern oder zu erschweren, mit seiner Güterabtretung gezögert hätte; denn da hierin unfehlbar ein dolus liegen würde, der weder dem Falliten selbst noch seinen übrigen Gläubigern, deren Rechte nur auf den seinigen beruhen, Vortheil bringen darf, so würde in solchem Falle allerdings ein früherer Endtermin jener 4 Wochen anzunehmen sein. Mithin hat die zwar vorgebrachte, aber bisher unerwiesene Behauptung dieses dolus annoch zum Beweise des Klägers verstellt werden müssen.

Ad 2. In Hinsicht der Frage, ob die streitigen 1361 Stangen Eisen wirklich innerhalb der letzten 4 Wochen vor dem Ausbruche des Concurses an den Falliten Pobertz geliefert sind, ist es ebenso gewiß, daß es darüber keines Beweises bedarf, insoweit die Thatsache schon aus den Acten zu entnehmen ist, als daß im entgegengesetzten Falle der Kläger, dessen

Anspruch auf diese Thatsache sich gründet, den Beweis übernehmen müsse.

Nun hat zwar das Niedergericht wegen der Ablieferung aller 1361 Stangen innerhalb jener 4 Wochen den Beweis durch die beigebrachten Atteste des Prahmschreibers und des Rathswägers schon soweit geführt erachtet, daß den Beklagten nur noch der Gegenbeweis nachzulassen sei. Allein dies läßt sich nicht annehmen, da beide Atteste in Hinsicht ihres Inhalts so ungenügend sind, daß man, auch abgesehen von der Form, ihnen alle Beweiskraft absprechen muß. Denn der Prahmschreiber spricht nur von den ersten Tagen des Juni, ohne die Tage und, wieviel an jedem derselben gelöscht worden, näher anzugeben. Und, wenn er hinzusetzt, daß am 9. Juni das letzte Eisen an die Waage gebracht sei — wiewohl von ihm nur ein Zeugniß über das Löschen, nicht über das Wägen zu geben war — so scheint er damit von denselben 86 Stangen zu attestiren, auf welche einzig und allein das Zeugniß des Wägers gerichtet ist. Diese sind aber aller Wahrscheinlichkeit nach keine andere, als die ursprünglich aus Irrthum an Freytag & Co. gelangten und nachher an Pobertz ausgelieferten 86 Stangen, wovon gleich weiter die Rede sein wird. Ja, wenn man auch noch auf das, erst am 9. August 1821 zu Stockholm schriftlich ausgestellte Zeugniß des Schiffers, der mit dem Kläger gleiches Namens ist, und des Steuermanns sehen will, so wird dadurch noch immer für den Beweis Nichts gewonnen, zumal da es diesen unbeschwornen Zeugnissen an aller Förmlichkeit fehlt. Nimmt man hinzu, daß schon vor dem 30. Mai die 350 Schk. Eisen, welche zu Travemünde in das Ballastboot übergeladen worden, zu Lübeck gelöscht sind, daß die jetzt nicht mehr im Streite begriffenen 317 Stangen nur 41 Schk. gewogen haben und daß mit dem Entlöschen aus dem Schiffe schon am 30. Mai angefangen worden, so ist es gar wohl möglich, daß sämmtliche 1361 Stangen Eisen, worüber jetzt gestritten wird, schon vor dem 2. Juni 1821 vom Schiffer gelöscht und geliefert sind; wenigstens wird es sogar wahrscheinlich, daß die Lieferung

eines Theils dieser Waare schon in jenen Zeitraum fällt, mithin der Vindication nicht mehr unterworfen ist; hier kommt es aber keineswegs auf den Anfang oder das Ende der Entlöschung des fraglichen Eisens an, sondern, da die Waare an sich trennbar ist, so hängt Alles davon ab, wie viele von den 1361 Stangen vor dem 2. Juni und wie viele an diesem Tage und später geliefert sind.

In dieser Hinsicht hat es auch wegen der zuerst irrthümlich an Freytag & Co. gelangten, eigentlich jedoch für Pobertz bestimmten 86 Stangen Eisen bei dem vorigen Erkenntniß gelassen werden müssen. Denn da es außer Zweifel ist, daß diese 86 Stangen erst nach dem 1. Juni dem Pobertz wirklich zugekommen sind, so muß man so lange annehmen, daß diese Lieferung in die zur Vindication berechtigenden 4 Wochen fällt, als die Beklagten nicht das Gegentheil beweisen, welches freilich noch möglich ist, wenn dargethan wird, daß die Leute, welche für Pobertz das Eisen empfangen sollten, solches lediglich aus Irrthum nach dem Lager von Freytag & Co. gebracht haben.

l. 13. D. de donatt. (39, 5.)

III. Endlich hat der Kläger es noch als ein eignes Fundament seiner Klage aufgestellt, daß der Gemeinschuldner seine Insolvenzerklärung mehrere Tage dolose verzögert habe, um dadurch die Vindication zu erschweren und wo möglich seine Concursmasse mit dem Schaden des Klägers zu bereichern. — Allein hier ist offenbar irrthümlich zu einem eignen Klaggrunde gemacht, was bloß bei der Berechnung der vier Wochen, die nach Lübschem Rechte zur Vindication einer verkauften Waare gegeben sind, in Erwägung kommt und oben bereits erwogen ist. Nur dann hätte nach den, im Gem. Bescheide v. 9. Febr. 1803 ausdrücklich anerkannten, gemeinrechtlichen Grundsätzen der dolus als besonderer Klaggrund aufgestellt werden können, wenn davon ausgegangen wäre, daß der nachherige Fallit den Kläger betrüglich zum Handel oder zum Creditgeben verleitet hätte, welches jedoch in den Acten nirgends behauptet ist.

XX. (25.)

Schiffszimmerleute contra Hauszimmerleute.

Durch O.-A.-Gerichts-Erkenntniß v. 29. Nov. 1822 ist, unter Aufhebung der Erkenntnisse des Ober- und des Niedergerichts ein Schiffszimmerwerkmann (Ko-witz), welcher an einem Sood vor dem Hause des Brauers Begier ein paar neue Stender und Bohlen eingesetzt hatte, zum Ersatz des dadurch dem Amte der Hauszimmerleute entzogenen Arbeitslohns verurtheilt, und ihm aufgegeben worden, sich künftig bei angemessener Strafe des Einsetzens neuer Stenderstücke, des Anlegens neuer Ringe und überhaupt des Verfütterns und Verkleidens der Söde, ausgenommen den Fall, wenn bei'm Dichten der Söde (mit Werg und Pech) hie und da ein Brett einzusetzen ist, gänzlich zu enthalten.

XXI. (49.)

In Sachen des Amts der Tischler, Beklagten, Appellanten,
contra
das Amt der Hauszimmerleute, Kläger, Appellaten,
das Recht zur Verfertigung von Treppen in Wohngebäuden betr.,

hat das O.-A.-Gericht in den Entscheidungsgründen des die ober- und wettegerichtliche Verurtheilung der Beklagten bestätigenden Erkenntnisses vom 26. März 1825 als Resultat der vorhandenen Vergleiche und Wettebescheide, namentlich der

Vergleiche vom 9. Oct. 1503 und vom 31. Oct. 1635, und der Bescheide vom (1.) 6. Sept. 1722, 25. Jan. 1743, 14. April und 4. Aug. 1745, 24. April 1750 und 22. Juli 1750 hingestellt, daß

I. als Regel alle Treppenarbeit den Zimmerleuten zugehöre, und

II. nur ausnahmsweise die Tischler mit ihnen concurriren, nemlich bei Treppen von feinerm Holze und bei denjenigen, welche von der Diele bis an ein Comtoir oder eine Stube gehen.

XXII. (30.)

In Sachen des Amts der Schmiede, Imploranten, Appellanten,

contra,

Schiffszimmermeister Langmann et cons., Imploraten, Appellaten,

streitige Gewerbsbefugniß betr.,

ist durch Urtheil des O.-A.-Gerichts v. 19. Juli 1823, unter Bestätigung der die Entscheidung der Wette reformirenden obergerichtlichen sententia a qua, anerkannt und in den Entscheidungsgründen näher motivirt:

daß das von den Schiffszimmerleuten (Imploraten) geübte Abschlagen von Bolzeneisen mittelst eines Betels (behuf der Gewinnung roher, nichts desto minder sehr brauchbarer Schiffsbolzen) nicht zu den exclusiven Zunftbefugnissen der Schmiede gehöre (deren Profession schon dem Wortsinne nach sich als „Bearbeitung durch Feuer, Ambos und Hammer" characterisiren lasse),

XXIII. (29.)

Reimers und Deggau (Bleicher) contra Pfeiffer (Knochenbrenner).

In den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 11. Febr. 1823 in Sachen

Reimers und Deggau, Bleicher vor dem Hüxterthor, Kläger, Appellanten,

contra

G. F. Pfeiffer, Beklagten, Appellaten,

Einstellung der Knochenbrennerei betr.,

ist anerkannt:

1) daß die Knochenbrennerei zu den in lib. III, 12. Art. 12. des Lüb. Statuts gedachten unleidlichen und gefährlichen Gewerben objectiv zu rechnen sei, wenngleich sie sich nicht speciell darunter aufgeführt finde;

2) daß die Vorschrift des Art. 12. in tit. 12. lib. III. sich nicht auf Gebäude in der Stadt beschränke, sondern auch auf Gebäude und Anlagen vor den Thoren sich erstrecke, da das Statut nach der an die Spitze desselben gestellten Vorschrift soweit gelte: „als der Stadt Weichbildt, Feldmark und Landwehr reiche."

3) daß den Nachbarn nach den Worten des Gesetzes („nicht angerichtet, noch geübt werden) allerdings das Recht zusteht, auch nach der Errichtung einer neuen Anlage auf deren Wiedereinstellung anzutragen, wenn sich später ergiebt, was vielleicht früher nicht einmal mit Sicherheit wahrgenommen werden konnte, daß die Anlage in der That nachtheilig sei, vorausgesetzt, daß die in lib. I, tit. 8. art. 2. vorgeschriebene Verjährungszeit von Jahr und Tag nicht abgelaufen ist.

4) daß, wenn (wie bei der Knochenbrennerei) das bestrittene Gewerbe objectiv von der Art ist, daß es ohne Zustimmung der Nachbarn nicht angerichtet noch geübt werden darf, ein Jeder, welcher auf erhebliche Art dadurch gefährdet oder belästigt wird, als ein zum Widerspruch berechtigter Nachbar angesehen werden muß;

5) daß der überhaupt widerspruchsberechtigte Nachbar die Erlaubniß zur Anlage eines neuen Etablissements auch an gewisse Bedingungen knüpfen darf, wie z. B. an die Benutzung irgend eines bestimmten, ungefährlichern Brennmaterials und den Nichtgebrauch bestimmter anderer, durch ihre Rauchniederschläge unleidlicher Brennstoffe, wie z. B. Steinkohlen; wenn gleich sonst natürlich der Gebrauch eines allgemein eingeführten Brennmaterials an sich keiner Anfechtung unterliegen kann.

Das Urtheil geht unter Aufhebung der ober- und landgerichtlichen Erkenntnisse, welchen abweichende, den Klägern zum Theil minder günstige Ansichten zum Grunde lagen, dahin:

„daß den Klägern der Beweis nachzulassen, daß der Steinkohlendampf von der Knochenbrennerei des Beklagten ihnen auf ihren Bleichen erheblichen Schaden zufüge,

wobei dem Beklagten der Gegenbeweis überhaupt, insbesondere aber auch der Beweis der Einrede vorbehalten bleibe: „daß die Kläger auf seine Erklärung: bei südlichem Winde sein Feuer nicht anzünden zu wollen, die Versicherung gegeben, daß sie die Anlegung und Betreibung der Fabrik nicht weiter stören wollten."

XXIV. (30.)

Schuback contra uxorem.

In Sachen des Nic. Conr. Schuback in Paris, per mand. Drem Lembcke zu Lübeck, Kläger, Appellanten,

contra

uxorem, Anna Elis. geb. Flor, Bekl., Appellatin,

Ehestreitigkeiten betr.,

ist die von dem Mandatar des Klägers ohne dessen Auftrag eingewandte Appellation gegen das die Ehescheidung aussprechende Niedergerichtserkenntniß mittelst Bescheides vom 7. Decbr. 1822 als unbefugt interponirt unter Verurtheilung in die Kosten mit dem Bemerken verworfen worden, daß der, welcher als Geschäftsführer einer Partei appellirt, deren Genehmigung schleunigst nachzuliefern gehalten sei,

l. 1. pr. D. de appell. recip.

coll. l. 2. § 1. D. quando appellandum sit.

welches in concreto selbst innerhalb der dazu präclusivisch vorgeschriebenen Frist nicht geschehen.

XXV. (32 A.)

Wildtfanck contra Haase und Rhederei der „Dora."

In Sachen H. D. Wildtfanck et cons., Bekl., Appellanten,

contra

Wittwe des Schiffers Haase und Rhederei des Schiffes „Dora,"

wegen Schadensersatzes,

erkannte das O.-A.-Gericht unter'm 12. Decbr. 1822, unter Aufhebung des obergerichtlichen Erkenntnisses vom 1. Nov. 1821:

daß Kläger annoch besser, wie geschehen, zu beweisen schuldig:

daß der Schiffer G. H. Haase wegen der von den Beklagten verladenen, in der Klage specificirten Güter oder wegen welcher derselben durch das Erkenntniß des Revaler Zollamts vom 31. Jan. 1818 alten Styls verurtheilt worden sei und wie hoch sich die Strafe belaufe, die durch die von jedem einzelnen Beklagten verschifften Güter verwirkt worden ist;

wogegen den Beklagten der Beweis nachzulassen

entweder: daß die Strafe gegen den Schiffer wegen der von ihnen, oder welchen derselben, abgesandten Waaren mit Unrecht erkannt worden sei;

oder aber: daß dem verstorbenen Schiffer Haase die unfreie Qualität der fraglichen Waaren bei Uebernahme derselben bekannt gewesen sei;

Gegenbeweis vorbehältlich ꝛc.

Entscheidungsgründe:

— Die Sache selbst betreffend, so ist in erster Instanz der Anspruch der Kläger angebrachtermaßen verworfen, in voriger Instanz aber als begründet und bis auf das Quantum des Schadensbetrages erwiesen angenommen, und den Beklagten nur noch ein doppelter Gegenbeweis nachgelassen worden.

Jetzt haben die Beklagten sich nicht bloß darüber, daß sie verurtheilt worden, sondern eventuell auch über alle andern im Urtheile entschiedenen Puncte beschwert, auch die Kläger auf eine veränderte Fassung des ihnen nachgelassenen Gegenbeweises angetragen. Es stehen mithin sämmtliche Puncte dieses Rechtsstreits zur Entscheidung des O.-A.-Gerichts, und da erscheint es als

1. die erste Frage, ob die angestellte Klage begründet sei? Die Kläger haben aber ihren Ansprüchen ein dreifaches Fundament unterstellt. Sie berufen sich

1) darauf, daß durch die Verschiffung verbotener Waaren nach Rußland die Beklagten ein Delict begangen und den un-

schuldigen Schiffer sowie die Rheder dadurch in Schaden gebracht hätten, dessen Ersatz sie nicht verweigern könnten;

2) die Beklagten hätten gegen die ihnen als Verladern obliegende Pflicht gehandelt, indem sie dem Schiffer die contrabande Eigenschaft der Waaren nicht anzeigten;

3) die Natur des Frachtcontracts habe es mit sich gebracht, daß die Beklagten für die Empfangnahme dieser Waaren in Reval hätten Sorge tragen müssen, und da sie dieses unterlassen, so müßten sie den Klägern den dadurch verursachten Schaden ersetzen.

Ad 1. Das erste dieser Klagfundamente würde für begründet zu achten sein, wenn Contraventionen gegen fremde Einfuhrverbote und Zollgesetze auch von den einheimischen Gerichten des Contravenienten als Delicte anzusehen wären, wofür das allerdings zu sprechen scheint, daß man sonst die Gesetze befreundeter Staaten zu berücksichtigen und den Unterthanen, die mit diesen Staaten in Berührung kommen, die Nichtbeachtung dieser Gesetze nicht hingehen zu lassen pflegt. Allein an und für sich hat jeder Staat doch nur für die Aufrechthaltung seiner Gesetze zu sorgen, und wenn er auch auf die benachbarten Staaten Rücksicht nimmt, so beruhet das doch bloß auf einer völkerrechtlichen Observanz, es kann also das auch nur insoweit angenommen werden, als diese Rücksicht durch letztere geboten wird. Jene, durch freundschaftliche Verhältnisse der Staaten gebildete Observanz besteht aber nur für die Uebertretung solcher Gesetze, welche wider allgemein für unerlaubt geachtete Handlungen gerichtet sind.

de Vattel, le droit des gens, livre 2. ch. 6. § 76.

Wenn aber ein Staat durch seine Verbote und Strafgesetze gerade darauf ausgeht, die eigenen Unterthanen auf Kosten der Ausländer zu begünstigen und letztere zu beeinträchtigen, so gebietet auch das Völkerrecht nicht, daß der fremde Staat zur Realisirung solcher feindseligen Maßregeln selbst die Hand biete und es seinen Unterthanen zum Verbrechen anrechne, wenn sie dieselben zu umgehen suchen. In diese Classe von Verordnungen gehören aber die Einfuhr- und Ausfuhrverbote

und Zollgesetze, wodurch die Staaten den Producten anderer Länder und fremden Kunstfleißes den Zugang verwehren oder doch erschweren, die eignen Producte aber den Auswärtigen nicht zu Gute kommen lassen wollen, und es läßt sich, besonders bei dem neuerdings von manchen Regierungen in der Hinsicht befolgten Systeme, nicht verkennen, wie

Estrangin in einer Note zu Pothier traité du contract d'assurance, à Paris 1810. p. 91

sehr wahr sagt: „que ces systèmes de défenses d'impor„tation ou d'exportation de la part d'un gouvernement, ne „soient le plus souvent qu'une espèce de guerre déclarée „aux besoins, à l'industrie, aux débouchés des productions „d'une autre nation.“

Daraus folgt dann aber auch, daß der Staat und dessen Gerichte keine rechtliche Veranlassung haben, die von ihren Untergebenen vorgenommenen Contraventionen gegen fremde Zollgesetze und Handelsverbote als Illegalitäten zu behandeln, und mit diesen aus der Natur der Sache folgenden Grundsätzen harmonirt dann auch völlig die jetzige europäische Völkerpraxis, die es — wo nicht in einzelnen Staaten politische Gründe entgegenstehende Verordnungen, z. B. in Betreff der Kriegscontrebande, herbeigeführt haben — den eignen Unterthanen nicht verbietet, Unternehmungen gegen fremde Zollgesetze und Handelsverbote zu machen oder das Risico solcher Geschäfte zu übernehmen.

Emerigon, traité des assurances, P. 1. ch. 8. sect. 5. p. 210 ff.

Estrangin, l. c. pag. 89—93. Park, on marine assur. tom. 2. p. 390.

Jacobsen, Seerecht der Engl. u. Franzosen. S. 77—79. vergl. Hamburg. Assecuranz- u. Havarei-Ordn. tit. 4. art. 10.

Insofern demnach die Kläger einen Anspruch gegen die Beklagten aus einer von letztern durch die Verschiffung von in Rußland verbotenen Waaren nach Reval begangenen Illegalität ableiten wollen, kann ihre Klage von dem Lübschen Richter als begründet nicht angenommen werden.

Dagegen

Ad 2. bleibt ein solcher Handel mit Contrebande stets ein gefährlicher Handel, weil, soweit der Contrebandier von den Behörden des fremden Staats, dessen Gesetzen er zuwider handelt, erreicht werden kann, er die von diesen angedrohten Strafen zu fürchten hat. Insofern nun diese Nachtheile auch den bloßen Ueberbringer der unfreien Waare, den Fuhrmann oder Schiffer, der sie in den fremden Staat einführt, treffen können, nimmt die Contrebande auch in Beziehung auf ihn eine gefährliche Eigenschaft an, und da nun bei zweiseitigen Verträgen jeder Contrahent verpflichtet ist, den Mitcontrahenten von den bei dem Vertrage in Betracht kommenden physischen und juristischen Mängeln und von solchen Eigenschaften in Kenntniß zu setzen, welche dem eignen Vermögen oder gar der Person des Mitcontrahenten Gefahr drohen, so ist es auch die contractliche Pflicht dessen, der Contrebande nach einem fremden Staate verladet, den Schiffer oder Fuhrmann davon wenigstens dann in Kenntniß zu setzen, wenn im Entdeckungsfall nicht bloß die Confiscation der Güter, sondern auch die des Schiffes, des Wagens und der Pferde und wohl gar noch andere Strafen für den, wenn auch unschuldigen, Ueberbringer zu befürchten stehen. Der Ablader, der dieses versäumt, muß daher dem Schiffer für den Schaden aufkommen, den dieser durch die ohne sein Wissen verladene Contrebande im fremden Lande erleidet. Zwar meinen die Beklagten, diese Verbindlichkeit könne sie nicht treffen, denn

a) es sei an dem Schiffer gewesen, sich nach dem Inhalt der ihm übergebenen Colli zu erkundigen, wenn er nicht auch auf etwanige darin enthaltene Contrebande gefaßt sein wollte, und das um so mehr, da nur ihn, nicht sie, die Ablader, die russischen Gesetze gekümmert hätten.

Allein, es widerstreitet aller Rechtsanalogie, daß der Empfänger einer Sache sich nach deren Eigenschaften erkundigen soll; es ist vielmehr an dem, der sie hingiebt und ihre Mängel und Fehler kennt, oder doch kennen sollte, den Empfänger darauf aufmerksam zu machen; und das trifft bei dem Fracht-

contracte um so mehr zu, weil der Befrachter nach demselben verpflichtet ist, keine verbotene Waaren einzuladen, die den unwissenden Schiffer in Gefahr bringen können.

s. Abbot law of merchants ships p. 280.

Daß es aber bloß dem Schiffer, der nach einem fremden Lande fährt, nicht dem Kaufmann, welcher Güter dahin absendet, obliege, sich um dessen Handelsgesetze zu bekümmern, läßt sich nicht annehmen, denn auch der letztere wird und kann solche Erkundigungen nicht unterlassen, ohne sich dem Vorwurf einer unverzeihlichen Sorglosigkeit auszusetzen; und dann muß er dem Schiffer wenigstens die Qualität der Waare anzeigen, um diesen nicht unwissentlich zu einem Verstoß gegen die fremden Gesetze zu veranlassen und ihn in die Gefahr zu bringen, dort als Delinquent behandelt zu werden. Im vorliegenden Falle waren aber die Beklagten um so mehr gehalten, dem Schiffer die unfreie Qualität der verschifften Güter anzuzeigen, da sie sich über dieselbe förmliche Connossemente hatten zeichnen lassen, während, wie namentlich aus den Acten erhellt, man über verladene Contrebande nur receives zu nehmen pflegt, sonach der Schiffer, der schon im Allgemeinen freies Gut erwarten durfte, durch die von den Beklagten gewählte Form des Frachtcontracts in dieser Meinung bestärkt werden mußte.

Ferner meinen die Beklagten,

b) gerade durch die Form der Connossemente, daß sie bloß an Ordre lauteten, habe der Schiffer einestheils darauf aufmerksam werden müssen, daß die Waaren verbotener Art sein möchten, und anderntheils habe er sich dadurch stillschweigend allen den Nachtheilen unterzogen, die aus jener in den russischen Gesetzen verbotenen Form der Connossemente für ihn hervorgehen könnten. Es ist aber völlig ungegründet, daß von Ordre-Connossementen auf den verbotenen Inhalt der Ballen und Kisten mit Nothwendigkeit zu schließen sei, da man, wie gerade der vorliegende Fall ergiebt, wo nicht wenige solcher Güter in Reval ihre Abnehmer gefunden haben, an Ordre auch aus manchen andern Gründen als wegen

Unfreiheit der Waare zu verschiffen pflegt. Und was das russische Verbot der Waaren-Einfuhr an Ordre betrifft, so ist dasselbe freilich in dem

Manifest über den Ein- und Ausfuhr-Handel des russischen Reichs vom $\frac{29}{31}$. Dec. 1810. § 11.

enthalten, und dieses Verbot scheint erst in der Zollordnung für das Jahr 1810 § 51 allgemein zurückgenommen zu sein; allein schon nach der Strenge des Gesetzes vom Jahre 1810 bestand der Nachtheil, wenn bloß gegen jene Vorschrift gefehlt war, lediglich in der Zurücksendung der Waare; weitere Nachtheile für den Schiffer sollten erst dann eintreten, wenn die an Ordre eingeführten Waaren zugleich verbotener Art wären.

Sonach läßt sich von einem Schiffer, welcher Connossemente an Ordre zeichnete, ohne zu wissen, daß die Waaren verboten waren, höchstens annehmen, daß er es sich gefallen lassen wollte, dieselben nöthigenfalls wieder mit zurückzunehmen, keineswegs aber, daß er auch dafür aufkommen wollte, wenn sie unerlaubter Art befunden würden; und selbst in der erstern Voraussetzung würde man gegen den Schiffer Haase zu weit gehen, da aus dem beigebrachten Urtheil des Revaler Zollamts hervorgeht, daß man es damals mit der erstern Vorschrift nicht so genau genommen und „an Ordre" eingeführte unverbotene Waaren zuließ. Enthielt nun also die Waareneinfuhr „an Ordre" an sich damals nichts Unerlaubtes, wenigstens nichts Präjudicirliches mehr für den Schiffer, so mußte dies um so mehr die Beklagten auffordern, ihm die unfreie Beschaffenheit der Waaren, wodurch allein Ersteres für ihn gefährlich werden konnte, anzuzeigen.

Endlich

c) wollen die Beklagten sich deshalb von aller Verbindlichkeit befreit wissen, weil sie bloß als Spediteure die fraglichen Waaren weiter befördert hätten, dem Spediteur aber, als bloßem Vermittler der Weiterbeförderung, auf keinen Fall zugemuthet werden könne, sich um die Einführbarkeit der Waare am Bestimmungsorte zu bekümmern. Allein eines-

theils ist der Spediteur allerdings verpflichtet, sich über die rechtliche Möglichkeit der Einfuhr, sowie über die Mittel der Weiterbeförderung, welche letztere ja ohne genaue Kunde des erstern gar nicht einmal gehörig gewählt werden können, in Kenntniß zu setzen; und anderntheils kommt es hier gar nicht darauf an, ob die Beklagten im vorliegenden Falle Spediteure waren oder nicht, da sie mit dem Schiffer nicht auf den Namen ihrer Committenten, sondern auf ihren eignen die Frachtcontracte abgeschlossen, sich also — selbst wenn sie ihm im Allgemeinen gesagt haben sollten, daß dieses Speditionsgüter seien — demselben, der die wahren Eigenthümer nicht kannte, also nur gemeint sein konnte, sich an die Beklagten zu halten, persönlich als die Befrachter verpflichtet haben.

l. 13. Cod. si certum petatur.

Sonach erscheint die angestellte Klage begründet, insofern — was aber zum Gegenbeweise der Beklagten gehört — der Schiffer Haase bei der Uebernahme der fraglichen Waaren deren contrebande Eigenschaft nicht gekannt hat; und da die Kläger sich über die Nachlassung eines solchen Gegenbeweises im Allgemeinen nicht beschwert haben, so bedarf es

ad 3. keiner weitern Erörterung darüber, ob nicht die Beklagten auch deshalb den Klägern zum Ersatz gehalten sein möchten, weil sich keine Empfänger zu den Waaren in Reval gemeldet, auch die Beklagten dem Schiffer solche nicht namhaft gemacht haben.

Auch ist

II. die Klage durch die von den Beklagten als proceßhindernd vorgeschützte Einrede, daß von Seiten der Kläger wesentliche Versehen bei der Litisdenunciation begangen und dadurch denselben der Anspruch auf Schadenersatz verloren sei, keineswegs vernichtet, vielmehr jene Einrede durchaus verwerflich. Denn, da hier nicht von der Entwährung von Gegenständen, welche die Beklagten an den Schiffer Haase veräußert hatten, sondern von der Confiscation der eignen Waaren der Beklagten, des Schiffes und der Effecten des Schiffers die Rede ist, so war hier auch der Fall einer eigentlichen

Litisdenunciation gar nicht vorhanden, sondern der dem Schiffer gemachte Vorwurf kann nur dann für begründet geachtet werden, wenn darin ein dolus oder eine culpa des Schiffers oder der Rheder liegt, daß sie den Klägern keine frühere und vollständigere Nachrichten über die Vorfälle in Reval haben zugehen lassen, und wenn letztere durch diese Unterlassungen in Schaden gekommen sind. Weder das Eine noch das Andere ist aber anzunehmen, denn

1) es läßt sich bei der Notorietät der damaligen Vorfälle in Reval nicht bezweifeln, daß die Beklagten davon sogleich eine allgemeine Kenntniß erhalten haben. Ja der Schiffer durfte, soviel die Confiscation der Waare anbetrifft, erwarten, daß die Beklagten Revaler Häuser zur Empfangnahme der an Ordre verschifften Güter beauftragt hätten und daß, wenn diese auch durch die damaligen Umstände verhindert worden, sich zu melden, sie doch schon die detaillirtesten Nachrichten an ihre Handelsfreunde nach Lübeck gelangen lassen würden, und sonach es für überflüssig halten, den Beklagten auch von seiner Seite eine Nachricht zugehen zu lassen, wenigstens erwarten, daß, wenn die Beklagten eine nähere Auskunft durch ihn für nöthig hielten, sie sich schon mit Erkundigungen an ihn oder an die Rheder wenden würden.

2) Was die gegen das Schiff und den Schiffer in Reval eingeleiteten Proceduren anbetrifft, so ging erst am 24. Oct. 1817 neuen Styls bei'm dortigen Zollamt die Weisung von St. Petersburg ein, nach der Strenge der Gesetze zu verfahren; nun erst war die Hoffnung, das Schiff frei zu machen, vernichtet, und nun ergingen auch sogleich am 8. und 26. Nov. die geeigneten Aufforderungen an die Beklagten.

Diese Aufforderungen sind denn auch

3) zeitig genug erlassen, um noch die das Schiff und die Effecten des Schiffers bedrohenden Nachtheile abwenden zu können, da die Confiscation derselben erst am 12. Febr. 1818 n. St. erkannt wurde und das Beispiel des Schiffers Faltin zeigt, daß, wenn nur bis dahin Empfänger zu den Waaren oder Capenten für die verwirkte Strafe sich gemeldet

hätten, die Confiscation immer noch abzuwenden gewesen wäre. Sodann ist auch nach dem ganzen Benehmen der Beklagten bei den ihnen gemachten Anzeigen mit Sicherheit vorauszusetzen, daß sie auch auf frühere Benachrichtigungen nicht eingegangen sein würden, also um so weniger anzunehmen, daß sie durch die Verspätung derselben in Schaden gebracht seien. Auch ist der den Klägern gemachte Vorwurf, den Beklagten das erforderliche Detail der Sache nicht angezeigt zu haben, ungegründet, da letztere die an sie ergangenen Aufforderungen schlechthin von der Hand wiesen.

Zerfällt nun aber diese Einrede und bleibt sonach die Klage an sich begründet, so konnte doch

III. der Klaggrund noch nicht als gehörig erwiesen angenommen werden.

Denn, obwohl es die Vermuthung für sich hat, daß der Schiffer die Art der ihm übergebenen Güter nicht gekannt habe,

l. 47. de R. J. in 6to.

zumal die Beklagten von ihm Connossemente mit der Clausel „Inhalt unbekannt“ angenommen haben; obwohl ferner aus dem Protocollar-Extract des Revaler Zollamts und ebenso aus dem in seinen allgemeinen Angaben völlig glaublichen Atteste des Zollverwalters Wrangell genugsam hervorgeht, daß unter den von den Beklagten an Ordre verladenen Gütern unfreie Waaren befindlich gewesen sind und daß dadurch, nicht aber durch anderweitige von dem Schiffer etwa heimlich eingeschwärzte Contrebande die Confiscation des Schiffes sowie der Effecten des Schiffers herbeigeführt worden ist; auch nicht füglich gezweifelt werden kann, daß die bei dem russischen Gesetzen völlig angemessenen Erkenntnisse des Revaler Zollamts vorbehaltene höhere Bestätigung erfolgt ist; obwohl endlich jenes Erkenntniß die Präsumtion der Legalität für sich hat und mithin anzunehmen steht, daß die confiscirten Waaren verbotener Art und der Schiffer dafür aufzukommen nach den Gesetzen gehalten war, so erschöpft dieses Alles das Klagfundament doch keineswegs. Denn es muß außerdem der doppelte Umstand nachgewiesen werden, daß es die

in der Klage nachgewiesenen Waaren oder welche derselben gewesen sind, wegen deren der Schiffer Haase zu einer Strafe verurtheilt ist und wieviel die Strafgelder, wozu der Schiffer wegen der Waaren der einzelnen Beklagten verurtheilt worden, betragen haben. Es läßt sich nemlich eine solidarische Verbindlichkeit der mehreren Beklagten, welche verbotene Waaren, wozu sich nachher kein Empfänger gemeldet, mit Schiffer Haase nach Reval versandt haben, nicht annehmen, da zwar diese sämmtlich die gleiche, aber nicht eine und dieselbe Contractwidrigkeit wider den Schiffer begangen, mithin, selbst wenn darin ein Delict läge, nicht als socii delicti angesehen und für solidarisch verhaftet gehalten werden könnten. Jeder der Beklagten hat vielmehr seine Waaren für sich verschifft oder für sich durch die Nichtanzeige, daß sie verbotener Art seien, pflichtwidrig gegen den Schiffer gehandelt; jeder von ihnen muß also auch abgesondert für den Schaden aufkommen, den er dadurch den Klägern zugefügt hat.

Nun richtete sich aber die Größe der vom Schiffer zu entrichtenden Strafgelder nach dem Auctionspreise der confiscirten verbotenen Waaren, also haftet jeder Beklagter principaliter und ohne Zinsen, Schäden und Kosten in Anschlag zu bringen, für eine Summe, welche dem Ertrage der von ihm verschifften Contrebande in der zu St. Petersburg gehaltenen Auction gleich kommt, nur mit der natürlichen Beschränkung, daß an sie zusammengenommen nie mehr, als der von den Klägern erlittene Schaden beträgt, gefordert werden kann.

Diese beiden Einzelheiten, worauf es hiernach noch ankommt, sind aber keineswegs bereits dargethan, indem es über den Auctionspreis der einzelnen Waaren, mithin über das von jedem einzelnen Beklagten verwirkte Strafquantum noch an jeder Nachweisung fehlt, und darüber, welche Beklagte und wegen welcher Colli sie schuldig sind, sagt das Erkenntniß des Revaler Zollamts Nichts; der Attest von Wrangell aber, welcher sich allerdings darüber verbreitet, ist nach der eigenen Erklärung der Kläger und nach dem, was die Beklagten dawider geltend gemacht haben, zur Richtigstellung dieser hier

erforderlichen Data nicht geeignet und ausreichend. Deshalb war der im Urtheile normirte Beweis den Klägern annoch aufzuerlegen. Dadurch wird es sich denn auch erledigen, ob zu einzelnen der von den Beklagten, namentlich zu den von Jacob Behrens verladenen Waaren, sich die Empfänger im Zoll zu Reval gemeldet haben und dort in dieser Eigenschaft zugelassen, der Schiffer aber rücksichtlich dieser Güter nicht weiter in Anspruch genommen worden ist. Es wird sich ferner ausweisen, ob auch wegen der nicht „an Ordre," sondern an Gerdau & Co. in St. Petersburg addressirten Güter der Schiffer zur Strafe gezogen worden ist.

Es wird dabei insbesondere nachzuweisen sein, daß die Angabe des Wrangell'schen Attestes wegen eines angeblich von Mentze verladenen △ № 75 gemarkten Kistchens, falls dasselbe nicht empfangen sein sollte, auch darin ihre Richtigkeit habe, daß Mentze deren Ablader sei; da zwar die übrigen Beklagten es nicht in Abrede stellen, die Güter, wegen welcher sie in Anspruch genommen worden, verschifft zu haben, Mentze aber gänzlich geläugnet hat, die gedachte Kiste verladen zu haben.

Hiebei kann es aber keinem Zweifel unterliegen, daß den Beklagten der directe Gegenbeweis vorzubehalten war; nur möchte es scheinen, als sei von Mentze sowohl als von Behrens bereits soviel beigebracht, daß sie sofort von der Klage zu entbinden gewesen. Und in der That sind die von beiden geführten Gegenbeweise: von Mentze, daß er nur aus Versehen als Ablader jener Kiste angegeben worden, von Behrens, daß seine Waaren von C. S. Nottbeck empfangen worden seien, so stringent, daß, wenn die Kläger bei dem ihnen jetzt auferlegten Beweise nicht noch etwas recht Bedeutendes gegen diese Beklagten beibringen, dieselben demnächst ohne Weiteres freizusprechen sein werden.

Für jetzt konnte das aber nicht geschehen, ohne die Kläger, welche diese Beklagten noch keineswegs als gerechtfertigt anerkannt haben, und denen auch in dieser Hinsicht der Beweis ihres Klaggrundes nicht abgeschnitten werden durfte, in ihren Rechten zu kränken.

Neben dem directen Gegenbeweise war aber

IV. den Beklagten annoch ein zweifacher, indirecter Gegenbeweis nachzulassen. Sollten nemlich

1.) die russischen Zollbehörden wegen der einen oder andern der fraglichen Waaren den Schiffer mit Unrecht verurtheilt haben, indem entweder solche Waaren unverbotener Art, oder die Empfänger dazu zeitig genug, um nach den Gesetzen die Freisprechung des Schiffers zu bewirken, gemeldet waren, oder der Fall gar nicht dazu geeignet war, um den Schiffer in Anspruch zu nehmen, wie letzteres namentlich in Betreff der nicht an Ordre, sondern an Gerdau & Co. in St. Petersburg addressirten Waaren der Fall sein möchte, — so würden die Kläger nicht durch die Beklagten, sondern durch Gewaltstreiche der russischen Behörden in Schaden gebracht sein; da aber der Ersatz eines injuria magistratus erlittenen Schadens Dritten nicht angesonnen werden kann,

arg. l. 51. pr. D. de evict. (21, 2.)
l. 17. C. de act. emt. (4, 49.)
l. 8. 15. C. de evict. (8, 45.)

so veranlaßte dies die Auflage des ersten der den Beklagten nachgelassenen Beweise.

Ferner sind beide Theile darüber einig, daß den Beklagten auch noch der Beweis zu Gute kommen müsse, daß der Schiffer Haase wissentlich contrebandirt habe, und es fragt sich nur, wie die Beweisauflage zu fassen sei?

Hier kann es nun

a.) nach der eigenen Erklärung der Beklagten, daß nicht die ganze Reise des Schiffers auf Schmuggelei berechnet gewesen sei, nicht darauf ankommen, ob derselbe wissentlich nicht noch andere, als die von den Beklagten bei ihm verladene Contrebande mitgenommen gehabt habe. Denn der Protocoll-Extract des Revaler Zollamts ergiebt, daß nicht durch heimlich eingebrachte Contrebande, sondern lediglich durch solche unfreie Güter, worüber der Schiffer Connossemente gezeichnet und die er im Zoll zu Reval declarirt hatte, die Confiscation des Schiffes und den übrigen Gegenstände herbeigeführt wurde;

dadurch aber, daß der Schiffer wissentlich ein ähnliches Risico übernahm, können die Beklagten sich nicht von der Verantwortlichkeit dafür befreien, daß sie ihn durch ihre Contractswidrigkeit in eine verwandte Gefahr gestürzt und wirklich in Schaden gebracht haben. Also nur das kann den Anspruch der Kläger vernichten, wenn der Schiffer Haase die contrebande Eigenschaft der von den Beklagten verladenen Güter, wegen welcher er bestraft worden, zur Zeit ihrer Uebernahme gekannt hat. Es genügt aber

b) der Beweis, daß er sie gekannt habe, wenn sie ihm auch nicht gerade von den Beklagten selbst angezeigt sein sollte. Denn Fehler und gefährliche Eigenschaften einer Sache, die der Empfänger kennt, braucht man ihm nicht erst förmlich anzuzeigen.

l. 14. § 10. D. de aedilitio edicto. (21, 1.)

l. 31. de R. J. in 6to.

Wer wissentlich Contrebande einladet, übernimmt auch zugleich die Gefahr, welche deren Einfuhr ihm und seinem Vermögen bringen kann.

Es genügt ferner

c) der Beweis, daß Schiffer Haase die unfreie Qualität der ihm anvertrauten Güter gekannt habe, und es ist keineswegs erforderlich, daß auch zugleich die Wissenschaft der Rheder dargethan werde. Denn die Ablader contrahiren bloß mit dem Schiffer, können daher auch von den Rhedern nur Namens des Schiffers und aus dessen Verträgen in Anspruch genommen werden, und haben daher auch gegen die Letztern alle Einreden, die ihnen gegen den Schiffer selbst zustehen würden. Freilich würde es nach Umständen dem einzelnen Rheder schaden können, wenn er von der Verladung der Contrebande Wissenschaft gehabt hat;

arg. l. 13. D. de contrah. emt. (18, 1.)

l. 51. D. de aedil. edicto. (21, 1.)

allein, nach dem, was oben ausgeführt ist, darf der Rheder voraussetzen, daß der Ablader dem Schiffer die unfreie Beschaffenheit der Waare angezeigt haben werde; und es ist

daher, insofern dieses unterblieben, die Schadensklage des Rheders nicht anders ausgeschlossen, als wenn er zugleich wußte, daß seinem Schiffer die Contrebande nicht angezeigt sei.

Daß dieses aber bei einem der klagenden Rheder der Fall gewesen, ist gar nicht behauptet, und die Beklagten haben selbst nur verlangt, daß der Beweis auf die Wissenschaft des Schiffers gestellt werde, und deshalb war davon ganz zu abstrahiren, den Beweis auch nur alternative auf die Wissenschaft der Rheder zu richten.

Endlich

d) war der Beweis zwar darauf zu stellen, daß der Schiffer die unfreie Qualität der fraglichen Güter gekannt habe, weil dieses, juristisch genommen, der eigentliche Punct ist, worauf es ankommt. Ob aber nach den Umständen dieser Beweis nicht schon dadurch geführt werden könnte, wenn die Bekanntschaft des Schiffers mit der Art der fraglichen Waaren nachgewiesen würde, wird erst demnächst nach geführten Beweisen und dadurch aufgeklärten nähern Verhältnissen der Sache zu ermessen sein.

Sollten übrigens die Beklagten keinen dieser Gegenbeweise führen, die Kläger aber die angeführten Mängel ihrer Beweisführung verbessern, folglich deren Anspruch auf Schadenserſatz begründet erscheinen, so wird es

V. noch auf die Größe des letztern ankommen ꝛc.

XXVI. (32B.)

Nach stattgehabtem Beweisverfahren erkannte in obiger Sache das Niedergericht unter'm 27. Septbr. 1828:

„daß der Beweis der Kläger für verfehlt zu achten und daher die Beklagten von der Klage zu entbinden.“

Die Kläger ergriffen dagegen die Appellation, welche sie am 25. October s. J. einführten, jedoch, nach 2maliger resp. 6- und 4wöchiger Fristerstreckung, erst am 8. Jan. 1829

justificirten. In dem Appellationslibell behielten sich die Kläger vor, eine von ihnen nachgesuchte, posttäglich zu erwartende nähere Angabe und Bestimmung des St. Petersburger Departements des auswärtigen Handels nachträglich zu den Acten zu bringen.

Nachdem nun der Libell durch obergerichtliches Decret vom 8. Januar den Beklagten zur Vernehmlassung (ohne Erwähnung jenes Vorbehalts) mitgetheilt worden war, überreichten die Kläger am 29. April 1829, also 4 Monate nach Ablauf der Justificationsfrist, bei'm Obergericht ein neues, dem Mangel des frühern Atteste abhelfendes, Attestat des gedachten Departements, welches vom Obergericht mittelst Decrets vom 30. April zu den Acten genommen, auf den Antrag der Beklagten jedoch in Folge Erkenntnisses des Obergerichts vom 11. Juni s. J.,

„als verspätet und in judicando nicht zu berücksichtigen,"

wiederum von den Acten removirt und den Klägern zurückgegeben wurde, da, wie es in den Entscheidungsgründen heißt: „der § 27 der V. vom 4. Mai 1814, wodurch ein „fatale für die Einführung und Rechtfertigung der Appel„lation vorgeschrieben werde, auch auf eine Rechtfertigung per „Nova Anwendung finden müsse."

Mittelst O.-A.-Gerichts-Erkenntnisses vom 30. Juni 1830 ward jedoch auf erhobene Beschwerde der Kläger jene obergerichtliche Sentenz dahin abgeändert:

„daß Kläger zuvörderst annoch binnen einer von dem „Obergericht festzusetzenden Frist zu bescheinigen hätten, „daß sie gleich nach Publication des niedergerichtlichen „Erkenntnisses vom 27. Sept. 1828 den gebührenden „Fleiß angewandt, um sich das nunmehr beigebrachte „neue Attestat des Departements des auswärtigen Han„dels zu St. Petersburg sobald als möglich und noch „vor Ablauf der verlängerten Rechtfertigungsfrist ihrer „an das Obergericht eingewandten Appellation zu ver„schaffen, unter Vergleichung der Kosten."

Entscheidungsgründe:

Die Kläger sind mit dem neuen Atteste des Departements des auswärtigen Handels zu St. Petersburg vom 28. Febr. 1829 a. St., welches sie in der vorigen Instanz am 29. April 1829 beigebracht haben, durch das obergerichtliche Erkenntniß vom 11. Juni s. J. aus dem Grunde zurückgewiesen worden, weil jenes novum erst nach dem, mit dem 8. Januar 1829 eingetretenen Ablauf der Rechtfertigungsfrist eingereicht sei.

Dieser Grund ist nun an sich den Rechten völlig gemäß; denn, da nach der Lüb. V. v. 4. Mai 1814 § 27 u. 30 dem Appellanten in der Appellationsinstanz bei'm Obergericht keine weitere Verhandlung als eine Rechtfertigungsschrift gestattet und für diese Verhandlung ein fatale festgesetzt ist, so kann auch die Ausübung des beneficii nondum probata probandi auf keine andere Weise als in der Rechtfertigungsschrift und binnen des für diese bestimmten fatale, nicht aber durch einen Nachtrag zu der Rechtfertigungsschrift nach abgelaufenem fatale geschehen, indem es sich bei jedem fatale von selbst versteht, daß diejenige Verhandlung, für welche es vorgeschrieben ist, binnen desselben nicht bloß angefangen, sondern vollendet werden muß. Auch ist dabei der in der Rechtfertigungsschrift der Kläger gemachte Vorbehalt, das neue Attest noch nach Ablauf des fatale beibringen zu wollen, ohne rechtliche Wirkung, da nach gemeinem Rechte eine Verlängerung von Fatalien nicht durch Vorbehalte, sondern nur durch richterliche Prorogation erlangt, die singuläre Bestimmung des Lübschen Rechts in Betreff des Vorbehalts bei'm Zeugenbeweise aber

Statut V, 7, 1. Gem. Besch. v. 6. Febr. 1750

offenbar nicht dahin generalisirt werden kann, daß nach Lüb. Rechte ein jedes fatale durch Vorbehalt von Nachträgen unwirksam gemacht werden könnte.

Der obige Grundsatz muß indessen in dem Falle eine Ausnahme leiden, wenn der Appellant ohne sein Verschulden nicht im Stande war, das fragliche novum binnen der Recht-

fertigungsfrist beizubringen: und zwar bedarf es alsdann keiner Restitution gegen den Ablauf der Rechtfertigungsfrist, um noch mit dem novo zugelassen zu werden, sondern nur einer Constatirung der unverschuldeten Unthunlichkeit.

arg. c. 4. X. de except. c. 4. de election. in 6to.

J. R. A. § 78. Lüb. Gem. Besch. v. 6. Febr. 1756.

Ein solcher Fall würde nun aber hier vorliegen, wenn die Kläger gleich nach der Publication des niedergerichtlichen Erkenntnisses vom 27. Septbr. 1828 den gebührenden Fleiß angewendet haben, um sich das nunmehr beigebrachte Attestat noch vor dem Ablauf der Rechtfertigungsfrist zu verschaffen: und daher waren dieselben zuvörderst noch zu der Bescheinigung dieses Umstandes zuzulassen, wozu ihre in den Acten vorkommenden Behauptungen eine genügende Veranlassung gaben.

Zwar ist in den oben angeführten Gesetzstellen statt einer solchen Bescheinigung ein bloßer Eid der Partei zugelassen: da aber hier nicht, wie in jenen Stellen, ein bloßes späteres in Erfahrung-Bringen des novi, sondern die Anwendung einer gehörigen Diligenz in Frage steht, wo bei einem hierauf gestellten Eide dem Urtheile der Partei zu viel überlassen bleiben würde, auch ein positiver Beweis leichter möglich ist, als über ein Nichtwissen, so erschien die Auflage einer ordentlichen Bescheinigung als angemessen.

Die Beklagten wollen nun freilich die Statthaftigkeit der Beibringung des gedachten novi noch aus vier andern Gründen bestreiten, nemlich:

1) weil die in erster Instanz festgesetzte Beweisfrist abgelaufen und das neue Attestat kein solches Beweismittel sei, von welchem die Kläger vor dem Ablauf der Beweisfrist keine Wissenschaft gehabt hätten;

2) weil die Kläger nicht im Stande seien, das juramentum novorum abzuleisten;

3) weil sich dieselben zu der Ableistung dieses Eides nicht sofort im Appellationslibell bei'm Obergericht und in dessen Nachtrage erboten hätten;

4) weil hier die Analogie des gesetzlichen Verbots eintrete, nach bekannt gewordenen Zeugenaussagen nochmals Zeugen über dieselben Puncte abhören zu lassen. Aber die gedachten vier Gründe sind sämmtlich für unerheblich zu achten, denn soviel

1) den ersten Grund anbelangt, so kann in dem vorliegenden Falle die Frage dahin gestellt bleiben, ob nach Lübschem Rechte in der Regel der Ablauf der Beweisfrist erster Instanz die Ausübung des beneficii nondum probata probandi in den höhern Instanzen ausschließe, weil, wenn auch diese Regel richtig wäre, dieselbe doch nicht bloß in dem von den Beklagten zugegebenen Falle, wenn der Beweisführer von dem neuen Beweismittel während der Beweisfrist keine Wissenschaft hatte, sondern im Allgemeinen alsdann eine Ausnahme leiden müßte, wenn der Beweisführer während der Beweisfrist ohne sein Verschulden nicht im Stande war, von dem neuen Beweismittel Gebrauch zu machen, dieser letztere Fall aber hier eintritt, da die Kläger, um durch das neue Attestat ihren Beweis anzutreten, nach den Regeln des Urkundenbeweises dasselbe hätten wirklich vorlegen müssen,

Martin, Theorie des Civilpr. § 209, 210.

dieses aber binnen der Beweisfrist nicht thunlich war, da das erste Attest erst am 22. Aug. 1823 n. St. zu St. Petersburg ausgefertigt worden ist und die Beweisfrist schon am 20. Septbr. 1823 ablief, mithin sich in dieser Zwischenzeit die Erwirkung und Vorlegung des neuen Attestes nicht wohl beschaffen ließ. Da nemlich nach gemeinem Processe in einem solchen Falle der Ablauf der Beweisfrist selbst in erster Instanz und zwar, ohne daß es einer restitutio in integrum bedarf, dem Gebrauch des neuen Beweismittels nicht entgegensteht,

arg. l. 4. de elect. in 6to.

so kann der Ablauf jener Frist auch in den höhern Instanzen kein Hinderniß der besseren Beweisführung sein: und die Behauptung der Beklagten, daß dieser Grundsatz durch den Lübschen Gem. Bescheid vom 6. Febr. 1756 auf den speciellen Fall beschränkt sei, wenn der Beweisführer während der

Beweisfrist von dem neuen Beweismittel keine Wissenschaft gehabt habe, ist nicht richtig, da jener Gem. Bescheid nur den Zeugenbeweis betrifft, von diesem sich aber nicht auf den Urkundenbeweis schließen läßt, weil bei dem Zeugenbeweise die Beweisantretung durch die bloße Namhaftmachung der Zeugen geschieht, mithin die Unterlassung der Antretung binnen der Beweisfrist nur alsdann entschuldbar ist, wenn der Beweisführer den Zeugen nicht kannte, während bei dem Urkundenbeweise, wo zu der Antretung die Vorlegung der Urkunde gehört, der Beweisführer, obgleich er weiß, daß er sich die Urkunde künftig werde verschaffen können, doch ohne Verschulden außer Stande ist, durch dieselbe binnen der Beweisfrist den Beweis anzutreten, wenn es ihm nicht möglich war, sich schon deren wirklichen Besitz zu verschaffen. Man kann es auch den Klägern nicht etwa zum Vorwurf anrechnen, daß sie nicht Sorge getragen hätten, sogleich in dem ersten Atteste genauer specificiren zu lassen, welche von den confiscirten Waaren zu den verbotenen und zu den erlaubten gehört haben, denn von diesem ganzen Unterschiede war in den Voracten, namentlich in dem Straferkenntniß des Reval'schen Zollamts vom 31 Jan. 1818, noch nicht die Rede gewesen, vielmehr ist derselbe erst durch das gedachte erste Atteste bekannt geworden.

Anlangend

den zweiten Grund, so beseitigt sich derselbe, sofern er auf der Behauptung beruht, daß der Lüb. Gem. Bescheid vom 6. Febr. 1756 ein besonderes juramentum novorum, nemlich über die früher nicht gehabte Wissenschaft, vorschreibe, durch das ad 1. Angeführte; der Behauptung aber, daß die Kläger auch nicht im Stande wären, den nach gemeinem Rechte erforderlichen Eid abzuleisten, zu dessen Abstattung sie sich in der jetzigen Instanz ausdrücklich erboten haben, mangelt es an aller Begründung.

Der dritte Grund trifft deshalb nicht zu, weil die bloße Unterlassung des sofortigen Erbietens zum juramentum novorum in den Gesetzen überall mit keinem Rechtsnachtheile belegt, J. R. A. § 73 und die im § 118 des J. R. A.

vorkommende Strafe der Desertion nur wegen der Nichtableistung des Eides verordnet ist, zu welcher Ableistung es bei dem juramentum novorum nach dem heutigen Verfahren, indem der im § 118 erwähnte Appellations-Eid außer Gebrauch ist, erst auf Antrag des Gegners oder auf Verfügung des Richters kommt, wovon bis jetzt weder das Eine noch das Andere Statt gefunden hat.

Die Unhaltbarkeit des vierten Grundes endlich ist von selbst klar, da bei einer Staatsbehörde, welche ein Attest auf Grundlage von öffentlichen Acten und Protocollen ausgestellt, von metus subornationis nicht die Rede sein kann, und überdies hier ein im ersten Atteste übergangener Punct in Frage steht, in welchem Falle selbst ein anderweitiger gewöhnlicher Zeugenbeweis zulässig sein würde.

l. 48. c. 53. X. de testib.

XXVII. (32 C.)

Die Kläger traten den Beweis der fraglichen Diligenz an, es ergab sich aber aus den von ihnen producirten Briefen weder die Anwendung eines gebührenden Fleißes noch der Mangel eignen Verschuldens in Betreff der verspäteten Vorlegung des Attestats, weshalb das Obergericht am 7. Juli 1831 erkannte:

„daß die Bescheinigung für nicht geführt zu achten und das novum bei der Beurtheilung der Appellations-Beschwerden nicht zu berücksichtigen, sondern von den Acten zu removiren sei,“

und dieses Erkenntniß wurde vom O.-A.-Gericht am 26. Juni 1832, unter Verurtheilung der appellirenden Kläger in die Kosten, pure bestätigt.

XXVIII. (32 D.)

Nachdem hierauf die Beklagten ihre Exception auf den Appellationslibell in der Hauptsache bei'm Obergericht am 6. Sept. 1832 eingereicht und darin um Actenversendung gebeten hatten, übergaben die Kläger am selbigen Tage einen neuen Schriftsatz unter dem Rubrum:

„Salva appellatione contra sententiam judicii inferioris „d. 27. Sept. 1828, Einführung mehrerer außerordent„licher Rechtsmittel, namentlich der Befugniß zu „neuem Vorbringen, der Bitte um Restitution gegen „den Ablauf der Justificationsfrist, der Wieder„einsetzung in den vorigen Stand gegen richterliche, der „Zeit nach rechtskräftige Urtheile und des Restitutions„Gesuchs ex causa minorennitatis,"

wobei die Kläger zugleich den russischen Zolltarif von 1816, der für die Frage: welche Waaren verbotene gewesen, maßgebend sein sollte, angeschlossen hatten. Nach Vernehmung der Beklagten erkannte das Obergericht am 29. Nov. 1832:

„daß der Haase'schen Tochter die ihr etwa zuständigen Rechte wegen der für sie nachgesuchten Restitution ex capite minoris aetatis vorbehalten bleiben, im Uebrigen den Anträgen der Kläger nicht Statt zu geben, die nachträgliche Aeußerung nebst deren Anlagen, sowie auch der Zolltarif von 1816 ihnen zu retradiren, das obschwebende Appellationsverfahren gegen das Erkenntniß vom 27. Sept. 1828 ohne Weiteres zu schließen und mit Transmission der Acten ad exteros zu verfahren, dabei aber die gegenwärtigen Incident-Verhandlungen von den Acten abzusondern und zurückzubehalten seien."

Auf Appellation der Kläger erging jedoch hierauf am 31. Oct. 1833 das O.-A.-Gerichts-Erkenntniß:

„daß zwar die sent. a qua in Ansehung der ergriffenen „außerordentlichen Rechtsmittel zu bestätigen, im Uebrigen „aber dahin abzuändern: daß binnen der vom Obergericht

„dafür festzusetzenden Fristen annoch der russische Zoll-
„tarif vom Jahre 1816 von den Klägern zu den Acten
„zu bringen und denselben zu adjungiren, sodann aber
„den Beklagten eine nachträgliche Erklärung über die in
„dem Appellationslibell der Kläger enthaltene Deduction
„aus dem Inhalt des Tarifs nachzulassen; ferner, daß
„den hierauf zu versendenden Acten auch die Verhand-
„lungen voriger Instanz über das jetzige Incident-Ver-
„fahren nebst dem gegenwärtigen Erkenntniß und dessen
„Entscheidungsgründen beizufügen seien, wogegen es hin-
„sichtlich der den Klägern retradirten „nachträglichen Aeu-
„ßerung" ad gravamina appellationis contra judicatum
„judicii inferioris d. d. 27. Sept. 1828 und der drei
„Anlagen derselben bei deren Remotion von den Acten
„sein Verbleiben hat."

Aus den Entscheidungsgründen:

— — 1) Die Supposition, als sei durch den Ab-
schnitt XXII. der O.-A.-Gerichts-Ordnung ein besonderes
Rechtsmittel der „Befugniß zu neuem Vorbringen" eingeführt
worden, ist offenbar unrichtig, denn diese Befugniß ist nichts
Anderes, als das gewöhnliche beneficium novorum in der
Appellations-Instanz, wobei nur theils gewisse Controversen
des gemeinen Rechts entschieden worden, theils das letztere in
einzelnen Puncten abgeändert ist, wie sich dies aus dem gan-
zen Inhalte der §§ 130—132 und auch aus dem Umstande
ergiebt, daß der Abschnitt XXII. eine bloße Unterabtheilung
der Hauptabtheilung litt. b. „Verfahren bei Appellationen"
bildet. Hiemit fällt also der desfallsige Antrag von selbst
weg und wird durch die über die Unstatthaftigkeit des bene-
ficii novorum vorhandene res judicata beseitigt.

Wenn die Kläger ferner unter

2) um Restitution gegen den Ablauf der Rechtfertigungs-
frist ex clausula generali bitten, so steht diesem Verlangen,
abgesehen davon, ob nicht theils dasselbe nach dem
§ 86 des R. D. A. v. 1600 u. dem § 158 der O.-A.-O.,

welcher nach der V. vom 13. Aug. 1831 auch für as Lübsche Obergericht gilt, für verspätet zu achten ist, theils in der jetzigen Lage der Sache, da in Folge des Ablaufs jener Frist durch rechtskräftige Erkenntnisse vom 7. Juli 1831 und 26. Juni 1832 die Remotion des neuen Attestats von den Acten ausgesprochen worden, eine bloße Restitution gegen den Ablauf der Frist, ohne Restitution gegen diese Erkenntnisse, als ungenügend und unnütz erscheint, jedenfalls der entscheidende Umstand entgegen, daß es durch die Verhandlungen des frühern Incidentverfahrens — wegen Ausübung des beneficii novorum — völlig constatirt ist und durch die damaligen Erkenntnisse vom 7. Juli 1831 und 26. Juni 1832 rechtskräftig feststeht, daß der verspätete Empfang des neuen Attestats von klägerischer Seite selbst verschuldet sei, nun aber die Kläger bei ihrem jetzigen Gesuch die causa restitutionis lediglich in diesen verspäteten Empfang des neuen Attestats setzen, und nach bekannten Rechten Majorenne gegen einen selbstverschuldeten Nachtheil nicht restituirt werden,"

l. 7. D. (4. 1) de in int. restit. l. 16. D. ex quib. caus. major. (4, 6.)

sowie auch eine Restitution aus dem Grunde einer culpa mandatarii bekanntlich unstatthaft ist.

l. 10. Cod. de procurat. (2, 13.)

Das

3) wider das niedergerichtliche Erkenntniß vom 27. Sept. 1828 eingewandte remedium restit. in int. ex capite novorum ist aus drei Gründen unzulässig,

a) weil dies Erkenntniß noch nicht rechtskräftig, sondern dawider eine von den Klägern selbst ergriffene Appellation obschwebend ist, mithin das wesentliche Erforderniß einer restitutio contra rem judicatam noch nicht existirt und überdies durch eine gleichzeitige Cumulirung der Restitution mit der Appellation die gesetzlichen Vorschriften über die Erfordernisse des Gebrauchs des beneficii novorum in der Appellationsinstanz, sowie in concreto die Wirkungen der res judicata über die Unzulässigkeit dieses beneficii umgangen werden würden.

b) weil das gedachte Rechtsmittel desert ist, indem dasselbe nach der V. vom 5. Juli 1820 § 13 binnen drei Wochen von da an, wo die Kläger das neue Attestat benutzen konnten, also seit März oder April 1829 hätte eingeführt und gerechtfertigt werden müssen, statt dessen aber erst am 26. Juli 1832 angebracht worden ist, und da natürlich jenes fatale nicht dadurch als gewahrt betrachtet werden kann, daß die Kläger früher, ohne Einführung des gedachten Rechtsmittels, das fragliche Attestat zu einem ganz andern Zwecke, nemlich, um das beneficium novorum in der Appellationsinstanz auszuüben, bei'm Obergericht producirt haben.

c) weil bei den Lübschen Gerichten nach § 55 der provisorischen und § 180 der definitiven O.-A.-Gerichts-Ordnung und den V. vom 5. Juli 1820 § 13 und vom 13. Aug. 1831 eine Restitution contra rem judicatam wegen neuer Beweismittel nur in dem besondern, hier nicht vorliegenden Falle eines abgeleisteten nothwendigen Haupteides Statt findet.

4) Der in der sent. a qua ausgesprochene Vorbehalt der Rechte der minderjährigen Haase'schen Tochter genügte, weil einerseits die Beklagten die große Verzögerung sich nicht gefallen zu lassen brauchen, welche das Verfahren gegen die vielen majorennen Mitkläger — auf die bei der Theilbarkeit des Objects eine Restitution der Haase'schen Tochter ohne Einfluß ist — durch das jetzige Eingehen auf diese Restitution erleiden würde, indem nicht nur die Frage, ob die letztere zu ertheilen sei, altioris indaginis ist — da nemlich theils die Minderjährigkeit der Haase'schen Tochter zur Zeit der versäumten Frist erst nachgewiesen werden müßte, theils zweifelhaft ist, ob hier die Läsion ihren Grund in der Minderjährigkeit und in einem Verschulden der Vormünder gehabt habe und ob nicht das Gesuch nach § 158 der O.-A.-Gerichts-Ordnung verspätet sei — sondern auch, weil nach ertheilter Restitution die Sache zum Erkenntnisse über das novum nach § 132 der Ordnung an das Niedergericht würde zurückgehen, mithin die Appellationsinstanz und der ganze Proceß gegen

die majorennen Mitkläger so lange liegen bleiben müssen, während andererseits die Aussetzung des Restitutionspunctes bis nach erledigter Appellation der Minderjährigen zu keinem Nachtheil gereicht, da nach dem eben angeführten § 132 doch nicht, wie nach gemeinem Recht, in der Appellationsinstanz selbst auf Grundlage des novi reformirt werden könnte.

— Die Zulassung des Tarifs von 1816 mußte erkannt werden, weil auf denselben von den Klägern schon in erster Instanz mehrmals Bezug genommen worden und weil derselbe, als ein — wenn gleich auswärtiges — publicirtes Gesetz, nicht die Natur eines eigentlichen Beweismittels hat, dessen Benutzung an die Fristen und Formen der Beweisantretung gebunden wäre, vielmehr von dem Richter, wenn er davon Kunde erhält, auch von Amtswegen benutzt werden muß.

— — — — — — — — — — —

Auf Veranlassung einer fünften Appellation ward die vorstehende Streitsache endlich durch einen vom O.-A.-Gericht per commissionem vermittelten Vergleich vom 8. Juli 1835 erledigt, und die Kläger mit einer Aversional-Entschädigungssumme von 6500 ℔ abgefunden.

XXIX. (36.)

Freese contra Niederegger.

Aus den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 23. Decbr. 1823, wodurch in Sachen

J. C. Freese, Klägers, und der Aeltesten des Branntweinbrenner-Amts, Intervenienten,

contra

J. G. Niederegger, Bekl., Appellaten,

wegen Anlage einer Branntwein-Destillirerei und Schenke,

confirmatorisch erkannt worden, ist die Anerkennung des Grundsatzes hervorzuheben:

daß die objective Incompetenz eines Gerichts wenigstens in Fällen, bei denen das öffentliche Wesen betheiligt ist, durch freiwillige Prorogation der Parteien nicht gehoben (mithin die Competenz des Niedergerichts in denjenigen Sachen, welche der Wette, als Gericht, ausschließlich zugewiesen sind, nicht begründet) werden kann,

arg. l. 38. D. de pact. (2, 14.)

l. 1. § 9. D. de magistrat. conven. (27, 8.)

sowie auch, daß zur Prorogation die Einwilligung des incompetenten Gerichts erforderlich, und daß die Competenz des höhern Richters in einer einzelnen, bestimmten Sache allemal abhängig ist von der Competenz des Untergerichts, von welchem die Sache an ihn gelangt.

XXX. (41.)

G. Fr. Nölting contra Hardenberg-Reventlow.

Der Kaufmann Georg Fr. Nölting jun. hatte im Herbst 1821 von dem Grafen Hardenberg-Reventlow auf Hardenberg ein Quantum Korn und Rappsaat mit der Verbindlichkeit gekauft, selber für die Abholung (und zwar theils in Holstein, theils auf Laaland) Sorge zu tragen. Bei dem Mangel der erforderlichen Fahrzeuge hatte der Käufer, um noch vor Beginn des Winters die Rappsaat entgegennehmen zu können, den Inspector der Grafschaft Hardenberg, den Kammerrath Ehrenreich, brieflich ersucht, in Laaland ein geeignetes Schiff zu miethen und mit der Saat auf Lübeck zu befrachten. In Folge dessen war von dem Kammerrath E. das einzige auf Laaland disponible Schiff, Juliane Marie, Capitain Knud Storm, engagirt und mit 302 Tonnen der gekauften Rappsaat auf Lübeck für Gefahr und Rechnung des Käufers befrachtet

worden und in See gegangen, hatte jedoch Havarie erlitten und einen Nothhafen suchen müssen.

Als nun der Verkäufer wegen des rückständigen Theils der Kaufsumme bei dem hiesigen Niedergericht klagbar ward, wollte der beklagte Käufer die gedachte, für seine Rechnung geschehene, Verladung von 302 Tonnen Rappsaat nicht anerkennen, weil ihm davon keine Anzeige gemacht und also keine Gelegenheit gegeben worden, die Waaren zu versichern. Er fand jedoch mit diesem Einwand in keiner der drei hiesigen Instanzen Gehör, und lauten die Entscheidungsgründe des auf seine Appellation ergangenen O.-A.-Gerichtlichen Urtheils vom 30. Jan. 1824 folgendermaßen:

„Der Beklagte hat seine bereits bei dem Obergericht vorgebrachten Beschwerden, daß die mit dem Schiffer Knud Storm geschehene Verladung der 302 Tonnen Rappsaat als für ihn verbindlich angesehen und er zu deren Bezahlung schuldig erkannt worden sei, in gegenwärtiger Instanz wiederholt. Sie haben aber aus dem doppelten Grunde für unerheblich erachtet werden müssen:

1) weil die unterlassene Anzeige von dem Abgange des Schiffes nicht die rechtliche Wirkung hat, die Verladung als gar nicht für des Beklagten Rechnung geltend anzusehen,

2) weil der gedachte Umstand ihm bloß einen Schadens-Anspruch gegen seinen Bevollmächtigten, den Kammerrath Ehrenreich, giebt, von welchem er aber in dem gegenwärtigen Proceß gegen die Person des Klägers keinen Gebrauch machen kann.

Der Beklagte, welcher den Handel mit Letzterm selbst abgeschlossen hatte und zur Abholung der Rappsaat rechtlich verbunden war, ertheilte durch seinen Brief vom 20. Novbr. 1821 dem Kammerrath Ehrenreich den Auftrag, den Rest davon in ein zu Laaland zu miethendes Schiff zu verladen. Der von dem Schiffer unterschriebene Schein vom 28. Nov. 1821, sowie der Umstand, daß der Schiffer nach erlittenem See-Unfall sich in seinen Briefen an den Beklagten wendete, lassen keinen Zweifel übrig, daß die von demselben eingenommenen

302 Tonnen die Rappsaat des Beklagten waren, die dieser gekauft und die der Kammerrath Ehrenreich in des Beklagten Auftrag verladen hatte.

Der Beklagte bestreitet dies auch eigentlich nicht, sowenig, als seine Ertheilung des Auftrags, sondern will nur wegen der von Seiten seines Beauftragten unterlassenen Anzeige die Verladung als nicht für ihn verbindlich ansehen. Allein, wer nicht läugnen kann, daß Etwas kraft seines Auftrages geschehen sei, ist auch rechtlich verbunden, solches als für seine Rechnung geltend zu betrachten und wird dadurch verbindlich. Freilich kann es geschehen, daß der Bevollmächtigte bei Ausführung des Auftrags den Mandanten Schaden zufügt, weshalb dieser gegen jenen besondere Ansprüche auf Ersatz desselben zu erheben berechtigt sein mag; daraus folgt aber nicht, daß der Auftraggeber sich um deswillen einer Verbindlichkeit gegen den Dritten entziehen oder den gegen den Mandatar zuständigen Anspruch auf Schadensersatz der Klage des Dritten als eine Einrede entgegensetzen dürfe.

In der vorliegenden Sache ist nun der Graf v. Hardenberg als Dritter zu betrachten, welcher für das von dem Kammerrath Ehrenreich in der Ausführung des Auftrags des Beklagten begangene Versehen und den dadurch verursachten Schaden nicht aufzukommen hat. Denn der Kammerrath Ehrenreich hatte keineswegs den Handel für und im Namen des Grafen geschlossen; dieser klagt nicht aus dem Contract des Erstern, in welchem Falle er etwa die aus Handlungen des Ehrenreich entspringenden Einreden wider sich gelten lassen müßte; er klagt vielmehr aus dem mit dem Beklagten selber und unmittelbar abgeschlossenen Kauf; mithin geht ihn das besondere Rechtsverhältniß, in welches der Beklagte zu dem Ehrenreich getreten ist, nichts an, und es liegen auch sonst keine Thatsachen vor, aus welchen man schließen könnte, daß die Annahme des Auftrags wegen Verladung der Rappsaat auf irgend eine Weise für den Grafen verbindlich geworden wäre. Insbesondere läßt sich nicht behaupten, daß die Eigenschaft des Ehrenreich als Inspectors

der Grafschaft Hardenberg seine Handlungen für den Gutsherrn verpflichtend mache, weil hier die Rede ist von einem Contracte, den der Gutsherr selber abgeschlossen und wodurch er den Käufer zur Abholung der gekauften Gegenstände verbindlich gemacht hatte: in welchem Falle der Inspector, wenn er auch sonst aus dem rechtlichen Gesichtspunct eines institor zu betrachten sein würde, doch nicht willkührlich eine Verabredung eingehen konnte, wodurch dem Gutsherrn eine Verbindlichkeit auferlegt würde, die er nach dem Inhalt des Contracts nicht hatte übernehmen wollen.

Es kommt vielmehr die l. 5. § 11. de instit. actione zur Anwendung, woselbst es heißt:

„non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum, qui praeposuit, sed ita, si ejus rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, i. e. duntaxat ad id, ad quod eum praeposuit."

Bei dem im Kaufcontract deutlich ausgesprochenen Willen des Gutsherrn, daß der Käufer selbst das Korn abholen lassen solle, kann der Inspector nicht für befugt geachtet werden, die Ablieferung und die dabei auf die eine oder andere Weise entstehende Verantwortlichkeit für den Gutsherrn zu übernehmen, so etwas ist nicht für „id, ad quod eum praeposuit" zu achten. Und wenn auch die Veranlassung, warum sich der Beklagte mit seinem Auftrage an den Kammerrath Ehrenreich wandte, in dessen Eigenschaft als Inspector des Grafen lag, so kann dies doch in der Sache nichts ändern, da die Gesetze, wenn das von dem praepositus übernommene Geschäft sich außer den Grenzen des demselben ertheilten Auftrages befindet, auf eine solche Veranlassung keine Rücksicht zu nehmen gestatten.

l. 1. § 12. D. de exercit. act.

Es hat daher die Appellation des Beklagten für gänzlich unbegründet erachtet und derselbe auch in die Kosten dieser Instanz verurtheilt werden müssen.

XXXI. (43.)

Wöhlcke & cons. c. Böttcher.

Aus den Entscheidungsgründen des nach geschehener Actenversendung in Sachen

Wöhlcke et cons. c. Böttcher,

betr. die Inhibition einer Destillirerei, am 26. Nov. 1823 abgegebenen, von der Göttinger Juristenfacultät formulirten Erkenntnisses läßt sich hervorheben:

1) daß in dem bloßen Vorschützen einer persönlichen Einrede nicht nothwendig die stillschweigende Anerkennung der Wahrheit des Klaggrundes enthalten sei,
   l. 9. D. de except. (44, 1.)
   Cap. 63. de R. J. in 6to.
2) daß jedes Gericht befugt ist, zu seiner eigenen Information über factische Verhältnisse sich durch Augenschein und Sachverständige Aufklärung zu verschaffen,
   Gensler, Archiv f. civ. Pr. I. S. 59.
3) daß es für die Verjährung des nachbarlichen Einspruchsrechts gegen neue Bauten (in Jahr und Tag) (Stat. III, 12, 12.) einer bona fides des Bauenden nicht bedürfe.

XXXII. (44A. u. 44B.)

Aus den Entscheidungsgründen zu dem O.-A.-Gerichtlichen Urtheile v. 18. Juni 1825, betr. Streitigkeiten über die Arbeitsbefugnisse der Bergenfahrer und der Heringspacker ist zu bemerken, daß

1) die Incompetenz-Erklärung eines Gerichts keine Justizverweigerung enthält und daher nur durch ordentliche Rechtsmittel anzufechten ist;

2) daß eine eigentliche Prorogation des Gerichtsstandes die Gerichtsbarkeit dessen, auf den prorogirt wird, voraussetzt, während auf dem Wege des Compromisses auch solchen Personen, welche nicht mit der Function eines Richters bekleidet sind, die Entscheidung eines Rechtsstreits überlassen werden kann.

XXXIII. (46.)

Hilliger contra Blohm.

Aus den Entscheidungsgründen zu dem Urtheil vom 23. Nov. 1824 in Sachen

Hilliger c. Blohm,

Forderung von 5232 ℳ 8 ß, jetzt Restitution gegen Versäumniß der Eideszuschiebung betr.,

worin von dem Anwalt der Kläger bei der Beweisantretung am 3. August 1805 versäumt war, gleichzeitig die Zuschiebung des (in der Klage generell reservirten) Schiedseides, wenigstens eventuell, zur Hand zu nehmen und gegen dieses Versäumniß am 14. Septbr. 1822 (nachdem von Hilliger's Erben der in zwölf Jahren liegen gebliebene Proceß am 19. April 1817 reassumirt worden) Restitution gesucht ward, ist hervorzuheben:

I. In Hinsicht der Zeit, vor deren Ablauf eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden muß, sagt das, mit dem Deput.-Abschiede von 1600 § 86 völlig übereinstimmende Conclusum Pleni des Reichskammergerichts vom 10. März 1786 ganz bestimmt: daß die Parteien ihre Gesuche um Restitution gegen Versäumnisse im Processe „in so vieler „Zeit, als sie re adhuc integra gehabt, das ist, in einer a „lapsu termini prioris vel sententia praeclusoria zu compu„tirenden, dem versäumten Präjudicial-Termin, oder, wenn

„solcher etwa vorhin schon prorogirt gewesen, der letztern Pro„rogation gleich langer Frist unfehlbar bewirken, widrigen„falls damit weiter nicht gehört werden sollen.

F. A. Schmelzer, Contum.-Proceß der höchsten Reichsgerichte. 1792. Beil. VIII. S. 41.

Wollte man aber auch jene Reichsgesetze (wornach von einer Restitution in concreto nicht die Rede sein könnte) ganz bei Seite setzen, so würde dennoch das Restitutions-Gesuch wegen Ablaufs des bei der

restitutio ex capite absentiae et ex clausula generali

als äußersten Termins vorgeschriebenen Quadriennii abgeschlagen werden müssen,

l. 7. pr. Cod. de tempor. in int. rest. (2, 53.)

da die Kläger spätestens am 19. April 1817 von der versäumten Eidesdelation Kenntniß gehabt haben oder doch gehabt haben könnten;

„non enim negligentibus subvenitur sed necessitate rerum impeditis."

l. 16. D. ex quibus caus. major. (4, 6.)

II. Die durch den Gebrauch der deutschen Gerichte eingeführte, von dem Reichskammergericht adoptirte Restitution ob culpam advocati ist nur gegen versäumte Proceßfristen (ex lapsu termini, quoad praeclusorias),

cf. Bergmann, corp. jur. jud. S. 487 ff.

nicht aber gegen sonstige Handlungen oder Unterlassungen gestattet, die ihren Grund in einer irrigen Beurtheilung von Seiten des Sachführers haben.

XXXIV. (47.)

P. H. Mohrmann c. Schiffscapitain Hagen.

Das Urtheil vom 21. Jan. 1825 in Sachen

P. H. Mohrmann c. Schiffscapit. Hagen,

Schadensersatz für accordwidrig im Schiffsraum, statt in der Cajüte verladene und in Folge dessen beschädigte Segeltücher,

erkannte das Dasein der Appellationssumme als nothdürftig bescheinigt an, da, wie es in den Entscheidungsgründen heißt, nach richtigen Grundsätzen bei der Prüfung dieses Punctes keine große Strenge anzuwenden ist, und ließ unter Anderm dem Beklagten den Beweis der Einrede nach:

„daß die von ihm mit dem Makler Heimburger zu „St. Petersburg getroffene Vereinbarung, die streitigen „Segeltücher in die Cajüte zu laden, durch eine spätere „Vereinbarung mit den Abladern (Mortzfeld & Co. „daselbst) wieder aufgehoben oder geändert sei."

Zur Führung dieses Beweises hatte sich der Beklagte der Eidesdelation an die ebengenannten Commissionäre des Klägers bedient und eventualiter dieselben als Zeugen denominirt. Die Eidesdelation war rechtskräftig verworfen, die Zeugenabhörung aber vom Obergericht zugelassen und dagegen vom Kläger mit Beziehung auf

Stat. Lub. V, 7, 15.

appellirt worden.

Mittelst O.-A.-Gerichts-Urtheils vom 29. Mai 1827 ward nun die Entscheidung des Obergerichts — nur mit dem Zusatze, daß Beklagter binnen einer vom Niedergerichte festzusetzenden Frist sowohl die einzelnen Theilhaber der Handlung Mortzfeld & Co., insofern er sich derselben als Zeugen zu bedienen gedenke, bestimmt anzugeben, als auch zum Behuf der Abhörung derselben ordentliche Beweisartikel einzureichen habe, — aus nachstehenden Entscheidungsgründen unter Compensation der Kosten bestätigt:

— „Freilich kann man in vorliegendem Fall die statutarische Vorschrift

Stat. Lub. V, 7, 15.

derzufolge „Niemand in einer Sache zeugen kann, worin er in Rathen und Thaten gewesen, oder woran er Part und Theil hat," nicht damit beseitigen, daß man annimmt, dieselbe finde keine Anwendung, wenn es dem Producenten an andern Beweismitteln fehle. Denn, obwohl

art. 5. l. cit.

gestattet, das Hausgesinde über dasjenige, was bei Nacht geschehen und wobei Niemand anders zugegen gewesen, zu Zeugen zu stellen, und obwohl

art. 20. ibid.

Vormünder, Schwäger und Blutsverwandte zu Zeugen zuläßt, wenn man andere Zeugen nicht haben kann, so darf man doch keine analoge Anwendung dieser Vorschriften auf Fälle machen, die von den in jenen Artikeln angenommenen so ganz verschieden sind, wie der vorliegende. — Im concreten Falle würde es überdies nicht, wie insbesondere art. 5. cit. voraussetzt, in den Verhältnissen der Sache liegen, wenn es dem Beklagten an andern Beweismitteln fehlen sollte: vielmehr würde er diesen Mangel nur seiner eignen Nachlässigkeit zu danken haben, da es so leicht war, sich durch einen Revers der Ablader den nöthigen Beweis zu schaffen, wenn die ursprüngliche Abrede wegen Verladung aller Segeltücher in die Cajüte nachher wirklich geändert worden sein sollte.

Kann man aber den citirten Art. 15. deswegen, weil andere Zeugen oder Beweismittel fehlen, noch nicht für unanwendbar halten, so scheint derselbe allerdings, wenn man nicht etwa den Ausdruck Sache bloß durch Rechtsstreit, Proceß erklären will, den Worten nach ganz auf den vorliegenden Fall zu passen; denn die denominirten Zeugen Mortzfeld & Co. waren, wie die Verhandlungen ergeben, die Commissionäre des Klägers, welcher auch, wenn bei der Verladung Etwas versehen sein sollte, leicht Veranlassung haben könnte, dieselben in Anspruch zu nehmen. Es kann demnach wohl im buchstäblichen Sinn von ihnen gesagt werden, daß sie bei der Sache in Rathen und Thaten gewesen und Part und Theil daran haben.

Allein man würde durch eine unbedingte Anwendung der Worte dieser statutarischen Vorschrift, ohne Rücksicht auf den wahren Sinn und Geist derselben, gewiß die bei der Gesetzgebung gehegte Absicht verfehlen, weil dann in den meisten Fällen die in der Sache am Besten kundigen und nach der Natur der Sache durchaus unverdächtigen Zeugen ohne allen

vernünftigen Grund verworfen werden müßten. Sucht man aber den wahren Sinn und Geist jener Vorschrift auf, so ergiebt sich bald, daß dieselbe den Beklagten nicht hindern kann, die Ablader der streitigen Segeltücher als Zeugen zu denominiren.

Zu dem Ende ist zuerst auf die ältern Codicen des Lübischen Rechts, woraus jener Artikel entstanden sein mag, zurückzugehen. Da scheint denn derselbe seinen Ursprung in der Stelle der ältern Statuten zu haben, welche im

Anhang zu **Brokes Observatt. Cod. III. a. 193**

so lautet:

„Van Tuegen in Spelinge.

„Nein Man mach up den andern tuegen, dede mede wesen „is in Rede und Dade, im Floeck und Foerde (i. e. in „turba), dit is tho vorstande, este he des bekennet, da he „damede gewesen is;"

welche Stelle selbst wieder durch die alten Hamburgischen Statuten, woraus sie wahrscheinlich entlehnt ist, ihre nähere Erläuterung erhält.

Anderson's Hamb. Privatrecht. Thl. I. S. 76, 305.

Hätte nun jene Stelle des revidirten Statuts keinen weitern Sinn, so würde sie nur sagen, daß bei gemeinschaftlichen Streitigkeiten ein Theilnehmer nicht als Zeuge wider den andern zugelassen werden solle; welches seinen Grund wohl darin hat, daß man annahm, jeder Mitschuldige werde suchen, dem andern eine größere Schuld aufzubürden, um seine eigene möglichst geringe darzustellen.

Und da ein solcher Fall, als das ältere Statut annimmt, hier gar nicht vorhanden ist, so würde unter der ebengedachten Voraussetzung art. 15. cit. hier nicht anwendbar sein. Vielleicht mag auch noch eine andere Stelle der ältern Codicen Einfluß auf die Entstehung des cit. art. gehabt haben, nemlich diejenige, welche bei Brokes a. a. O. Art. 188 so lautet:

„Nener mach Tuege staaen, deme he sine Saken heimliken „gesecht heft. Welck Man mit deme anderen in siner „Acht (i. e. consilium) is vor Gerichte, este vor Rade,

„und lebt ehme vorstan sinen heimlken Rat, de mach vor „dem Rechte nein Tuege tho der Sake wesen."

Denn von dieser Stelle findet sich sonst nirgends eine Spur im revidirten Lübischen Rechte, was um so auffallender ist, da dieselbe sich auch in andern ältern Stadtrechten findet,

Anderson a. a. O. S. 70. 300. 412.

Oelrichs Gesetzbücher der Stadt Bremen. S. 113. 165 ff.

und in die neuesten Hamburgischen Statute aufgenommen ist.

P. I. tit. 28. art. 6.

Könnte nun diese Stelle zur Auffindung des wahren Sinns des oft gedachten Art. 15 benutzt werden, so würde daraus hervorgehen, daß Niemand durch einen Zeugeneid gezwungen werden soll, das zu offenbaren, was ihm der Gegner des Producenten anvertraut hat. Es würde aber damit wieder für die Verwerfung des Zeugnisses von Mortzfeld & Co. Nichts gewonnen sein, weil dieselben durchaus nicht über Etwas, was der Kläger ihnen anvertraut hat, sondern über ihre eigene Handlung, nemlich über eine von ihnen selbst, als Abladern, mit dem Beklagten, als dem Schiffer, getroffene Uebereinkunft abgehört werden sollen.

Allein, es läßt sich nicht verkennen, daß die Worte der mehrerwähnten Stelle der revidirten Statute weiter gehen, als die angeführten Artikel der ältern Codicen, mithin darf man jene Stelle auch nicht lediglich in dem engen Sinne der letztern verstehen und anwenden, sondern man muß auch noch in ihr selbst den Zweck der Vorschrift aufzufinden suchen, um ihr in der Anwendung zwar kein zu großes, aber auch kein zu geringes Gewicht beizulegen. Nun kann gewiß derjenige, welcher in einer Sache gerathen und geholfen hat, auch wenn er sonst nicht persönlich dabei interessirt ist, eine so große Vorliebe für den glücklichen Ausgang derselben gewinnen, daß sein Zeugniß allerdings verdächtig wird, wenn ein solcher Ausgang dadurch herbeigeführt werden soll. Deshalb schließt auch schon das römische Recht den „patronum in ejus causa, cui patrocinium praestitit" und den executorem negotii vom Zeugnisse aus.

L. 25. D. de testibus (22, 5.)

Mithin läßt sich wohl annehmen, daß auch nach Lübschem Rechte Niemand zu Gunsten desjenigen, dem er als Rathgeber und Gehülfe in der Sache gedient hat, in eben dieser Sache als Zeuge zugelassen werden soll, wofür auch eine Analogie in

Lib. I. tit. 1. art. 8. Stat. Lub.

zu finden ist.

Ferner schließt Art. 15 denjenigen vom Zeugnisse aus, der Part und Theil an der Sache hat, welches man häufig zu der Regel ausdehnt, daß Niemand zu einem Zeugnisse, das ihm selbst Vortheil bringen würde, zugelassen werden soll.

Nimmt man diese letzte Auslegung an, so würden allerdings beide Hindernisse entgegenstehen, wenn Mortzfeld & Co. von dem Kläger, ihrem Committenten, als Zeugen gestellt werden sollten; denn, wie sehr sie sich für ihn und seine Sache interessiren, das ergibt insbesondere ihr Schreiben vom $\frac{23. \text{ Febr.}}{7. \text{ März}}$ 1823, und daß sie selbst bei der Sache betheiligt sind, läßt sich daraus abnehmen, daß der Kläger sie für verantwortlich erklärt, wenn sie wirklich, wie der Beklagte behauptet, die anfängliche Uebereinkunft, daß alle Segeltücher in die Cajüte geladen werden sollten, späterhin abgeändert hätten. — Allein eine ganz andere Frage ist es, ob das Zeugniß von Mortzfeld & Co. auch jetzt für verwerflich zu halten sei, da der Beklagte sie zu Zeugen ernannt hat. Dies liegt offenbar nicht in dem Sinn und der Absicht des Gesetzes. Will der Beklagte auf die, hier zu seinem Vortheil sprechende Gesetzesstelle verzichten, daß er sich die Aussage von Mortzfeld & Co. gefallen läßt, obgleich zu besorgen ist, daß sie gegen ihn aussagen werden, weil sie sich für den Kläger interessiren, oder bei der Sache betheiligt sind, so kann und muß der Kläger damit zufrieden sein; denn der Vortheil davon ist ganz auf seiner Seite und der Beklagte begiebt sich nur eines ihm zustehenden Rechts, was ihm nicht gewehrt werden kann.

Demnach ist art. 15. cit. im vorliegenden Falle nicht anwendbar, um das vom Beklagten verlangte Zeugniß von Mortzfeld & Co. für verwerflich zu erklären.

Es könnte aber scheinen, daß die ganze Beweisantretung aus der Ursache verworfen werden müßte, weil der Beklagte Mortzfeld & Co. nicht ausdrücklich über das Beweisthema zu Zeugen vorgeschlagen hat.

Er deferirte ihnen nemlich den Eid darüber:

„daß bei Ausstellung der Connossemente die Absicht ge„wesen sei, den Schiffer zur Aufnahme aller 155 Packen „Segeltücher in seine Schiffscajüte zu verpflichten, ihm „deren Verladung in den Schiffsraum zu untersagen, und „daß der Ausdruck „Schiffsraum" nur durch Versehn „und irrthümlich in den Connossementen ausgedrückt und „stehen geblieben sei,"

und setzte dann hinzu, wie er auf den jetzt eingetretenen Fall, daß die Eidesdelation für unanwendbar erkannt würde,

„Mortzfeld & Co. zum Zeugnisse aufgerufen haben „und seine Bitte darnach gestalten wolle."

Wäre nun anzunehmen, es sei bestimmt vom Beklagten erklärt worden, daß er Mortzfeld & Co. bloß über diejenigen Puncte, worüber er ihnen den Eid deferirt hatte, als Zeuge sistiren wolle, so müßte man die Beweisantretung für ganz verwerflich halten, und zwar nicht bloß, wie schon das Niedergericht bemerkt hat, weil Meinungen und Urtheile kein Gegenstand eines Zeugenbeweises sein können, sondern auch besonders deswegen, weil dasjenige, worüber der Beklagte jenen Eid deferirte, etwas ganz Anderes ist, als was demselben durch das oben wörtlich angeführte Erkenntniß des O.-A.-Gerichts vom 21. Jan. 1825 mittelst speciellen Gegenbeweises darzuthun nachgelassen wurde.

Man könnte daher zweifeln, ob nicht schon aus dem Grunde, weil die Vernehmung der Zeugen, so wie sie angetragen worden, zu Nichts führen könne, der ganze Zeugenbeweis hätte verworfen werden müssen, und ob die vorigen Richter befugt gewesen seien, ein anderes Factum, nemlich das im Beweisinterlocut ausgedrückte, anstatt des in der Eidesdelation enthaltenen, zum Behuf der Zeugenabhörung aufzustellen? Allein die Worte, womit der Zeugenbeweis vom Be-

klagten eventualiter angetreten ist, sind zu allgemein, als daß man mit Sicherheit annehmen könnte, derselbe habe sich darauf beschränken wollen, die Zeugen bloß über dasjenige, worüber ihnen der Eid deferirt worden, vernehmen zu lassen; überdies sind zweifelhafte Erklärungen der Parteien in dem Sinn zu verstehen, welcher ihnen am günstigsten ist:

l. 66. D. de judiciis (5, 1.) l. 12. D. de reb. dub. (34, 5.)

Es erscheint daher die im vorigen Urtheil enthaltene Bestimmung der Thatsache, worauf der Zeugenbeweis gerichtet werden muß, nur als eine ganz zulässige und zweckmäßige Emendation des vom Beklagten zu allgemein und unbestimmt gemachten Antrags.

Demnach war das vorige Urtheil allerdings zu bestätigen; es mußte aber dem Beklagten annoch eine nähere Bezeichnung der von ihm denominirten Zeugen und die Einreichung ordentlicher Beweisartikel auferlegt werden.

Denn in erster Hinsicht kam in Betracht, daß es überhaupt den Regeln des Processes nicht entspricht, eine Handlungsfirma, welche nicht mit dem wirklichen Namen einer einzelnen Person identisch ist, zum Zeugen zu ernennen. Ueberdies läßt die Firma Mortzfeld & Co. es ungewiß, welche Personen darunter begriffen sind. Der Beklagte muß also den oder diejenigen von ihnen benennen, dessen oder deren Abhörung von ihm verlangt wird.

Und, soviel die Beweisartikel anbetrifft, so sollen zwar nach dem Lübschen Gem. Bescheide vom 20. Febr. 1789 Fracht- und Handelssachen möglichst summarisch behandelt werden; es konnte dies aber doch nicht hindern, die im ordentlichen Processe nothwendigen Beweis-Artikel in dieser Sache zu fordern, da dieselbe bisher in processu ordinario weitläuftig verhandelt worden ist; vielmehr war die Einreichung von Artikeln hier um so gewisser anzuordnen, da die Zeugen von einem fremden Richter abgehört werden sollen.

XXXV. (50A.)

Schlesinger contra Schwarz.

Der L. Schlesinger in Hamburg hatte einen von dem Färber Heller in Lübeck auf ihn am 30. Decbr. 1815, 3 Monate dato gezogenen Wechsel von 1107 ℳ 3 ß acceptirt, vor der Verfallzeit sich insolvent erklärt, jedoch nach 6 Monaten wieder freies Gewerbe erhalten. Der Wechsel blieb unbezahlt und ward mittelst Indossements vom 28. Jan. 1823 an den Heinr. Caspar Schwarz in Lübeck übertragen, welcher zugleich Commissionair des Schlesinger hier am Platze war und demselben aus laufender Rechnung pro 1822 und 1823 Bco ℳ. 959. 12 ß und Crt ℳ. 154. 6½ ß schuldigte.

Als nun Schlesinger (resp. nach dessen Tode die Curatoren seiner insolventen Masse) jenen Posten einklagten und der Beklagte den gedachten Wechsel gegen die eingestandene Schuld zur Compensation bringen wollte, schützte Kläger replicando die Einrede der lex Anastasiana vor und das Niedergericht legte mittelst Erkenntnisses vom 22. Novbr. 1823 dem Beklagten den Beweis auf:

„daß er die libellirten Wechsel durch Zahlung der vollen „Valuta oder welcher Summe an sich gebracht."

Nachdem das Obergericht am 20. Mai 1824 reformatorisch dem Kläger den Beweis zuerkannt hatte:

„daß Beklagter die Gegenforderung für weniger als deren „compensando geltend gemachten Betrag käuflich an sich „gebracht habe,"

ward wiederum diese Sentenz vom O.-A.-Gericht unter'm 19. Febr. 1825 aufgehoben und unter Vergleichung der Kosten dahin für Recht erkannt:

„daß der Beklagte zu beweisen schuldig:

„entweder

„daß der in Frage ſtehende Wechſel von Heller
„an Zahlungsſtatt auf ihn übertragen wor-
„den ſei;
oder aber
„daß er dafür den vollen Belauf nebſt den bis
„zum Tage der Uebertragung darauf aufge-
„laufenen Verzugszinſen oder welchen gerin-
„gern Betrag entrichtet habe."

Die Entſcheidungsgründe dieſes Urtheils, welche zwar in Lübeck ſeit der Aufhebung der lex Anastasiana durch die V. vom 15. Januar 1848 nicht mehr zur Anwendung kommen können, für die übrigen Hanſeſtädte aber annoch von practiſchem Werth und außerhalb derſelben mindeſtens von wiſſenſchaftlichem Intereſſe ſind, durften hier nicht übergangen werden. Sie lauten folgendermaßen:

„Es kommt bei eingeräumtem Grunde der Klage, bei anerkannter Richtigkeit des Wechſels qu. und nach rechtskräftiger Erledigung der übrigen, der Einrede der Compenſation entgegengeſetzten Repliken nur noch auf die geltend gemachte replica legis Anastasianae an. Und auch hiebei iſt der aus der Qualität der Wechſelforderung hergenommene Einwand gegen die Anwendbarkeit der lex Anastasiana beſeitigt. Mithin reducirt ſich Alles auf die Fragen nach der Beweislaſt rückſichtlich des Titels der Uebertragung und der Berichtigung der Valuta, welches Beides den Gegenſtand der jetzigen Appellation des Klägers bildet.

Bei der Erörterung dieſer Fragen muß auf Veranlaſſung, Zweck und Umfang und den daraus ſich ergebenden Geiſt des Anaſtaſianiſchen Geſetzes zurückgegangen werden.

Die Veranlaſſung des Geſetzes lag nun aber in dem Unweſen, welches, zur vielfältigen Beſchwerde und Benachtheiligung des Gegners, in Rom damit getrieben wurde, bei der Verfolgung ſeines Rechts Dritte vorzuſchieben oder ſich ihrer dabei als geheimer Triebfedern zu bedienen, indem man namentlich ſich von ihnen für eine Belohnung den Ausgang des Streits verbürgen ließ. Dieſe redemptio litium, ſowie jene

Mißbräuche überhaupt wurden nun durch mehrere Gesetze streng verboten, allein man wußte diesen auf mehrfache Weise und besonders dadurch zu entgehen, daß der Redemptor, statt bloß seine Garantie zu leisten, die einzuklagende Forderung für eine geringe Summe übernahm und auf sich cediren ließ.

Um solchen verkappten redemtiones litium zu steuern und solche arglistige Cessionen zu verhindern, erließ Anastasius, wie er es selbst angiebt, sein bekanntes, in der

l. 22. C. mandati (4, 35.)

enthaltenes Gesetz.

Cujacius in observatt. lib. XVI, obs. 16.

a Sande, de cess. act. cap. 11. § 7.

Frantzke, resolutiones lib. I., resol. 8. № 23—7.

Bach, de lege Anast. (in opuscul, ed. Klotz. p. 363—70. 375.)

Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte. S. 328—36.

Dieses erlaubte nun zwar indistincte, eine Forderung zu verschenken, weil dabei keine Arglist zu fürchten war; was dagegen die Uebertragungen titulo oneroso betrifft, so ging es hiebei von der Präsumtion einer unlautern Absicht aus, und um diejenigen, die sich mit fremdem Schaden bereichern wollen (alienis rebus fortunisque inhiantes), keine Früchte von ihrer Arglist ziehen zu lassen, so sollen sie — gewisse bestimmte und denen ähnliche Ausnahmsfälle abgerechnet — die cedirte Forderung nur bis zum Belaufe dessen, was sie dafür gegeben haben, einklagen dürfen.

Das Gesetz beschränkt sich also keineswegs auf den reinen und mit einer Schenkung gemischten Kauf, wie dieses Manche, z. B. Thibaut, Pand. I., § 80.

Glück, Erl. der Pand. XVI, p. 458—463.

Mühlenbruch, l. c. S. 484—502.

v. Wening-Ingenheim, Civilrecht II., S. 182.

annehmen, sondern es geht allgemein auf jeden Erwerb einer Forderung titulo oneroso.

Dieses bringen zuvörderst Veranlassung und Zweck des Gesetzes mit sich, welcher letztere nur dann erreicht werden konnte, wenn es nicht nur diejenigen Cessionen, wo man die

Forderungen für Geld, ſondern auch diejenigen, wo man ſie auf andere Weiſe unter dem Nominalwerthe erhandelt, verpönte, inſofern ſich nicht der Handel durch beſondere Veranlaſſungen rechtfertigen und vom Verdacht einer unlautern Abſicht reinigen läßt. Dafür ſprechen denn auch ferner die Worte und Verfügungen des Geſetzes ſelbſt; denn, nachdem in der Einleitung allgemein geſagt iſt: „quosdam alienis rebus „fortunisque inhiantes, cessiones aliis competentium actio „num in semet exponi properare," ſo wird nun dispoſitiv, ohne Beſchränkung auf den Kauf, hinzugefügt: „per hanc „itaque legem jubemus, in posterum hujusmodi conamen „inhiberi," und heißt es nachher ſogar, die erlaſſene Vorſchrift ſolle gelten, „licet instrumento cessionis, venditionis nomen „insertum sit," womit es ſehr beſtimmt angedeutet iſt, daß die erlaſſene Verfügung auch in Fällen einer andern oneroſen Erwerbung, als durch Kauf, Anwendung finde. — Es kommt hinzu, daß im Geſetze Ausnahmen gemacht ſind, die, wenn bei der Principal-Verordnung nur an den Kauf einer Forderung gedacht wäre, gar nicht als Ausnahmen aufgeſtellt ſein könnten, da ſie ſammt und ſonders keine Fälle des Kaufs ſind. Endlich führt auch Juſtinian l. 23. Cod. mand. den Inhalt des Anaſtaſianiſchen Geſetzes mit den Worten an: „Ut ne „quis alienum subeat debitum cessione in eum facta et ne „amplius a debitore consequatur his, quae praestitit ces„sionis auctori, exceptis quibusdam casibus," wornach man keineswegs bloß auf einen Kauf, ſondern vielmehr allgemein auf jede oneroſe Erwerbung einer Forderung hingewieſen wird. Gegen dieſe Auslegung kann man ſich auch nicht auf die in der l. 22. cit. vorkommenden Worte: „si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem" berufen; denn, wenn auch an den Ausdruck „pecunia" ſich die Idee von Geld vorzugsweiſe knüpft, ſo bezeichnet es doch auch allgemein Alles, was einen Geldeswerth hat, oder auf Geld reducirt werden kann,

l. 5. pr. l. 178. pr. l. 222. D. de V. S.

l. 2. § 1. Cod. de constit. pecunia.

Brissonius, de Verb. sign. s. v. pecunia

und dieſe weitere Bedeutung kann hier nach dem Obigen um ſo weniger als ausgeſchloſſen genommen werden, da, wenn die röm. Juriſten unter pecunia nur Geld verſtanden wiſſen wollen, ſie ſich vorzugsweiſe des Ausdrucks „pecunia numerata“ zu bedienen pflegen.

§ 2. J. de emt. et vend. l. 7. § 3. D. ad Sct. Maced. l. 1. D. de condict. triticaria.

Es iſt alſo die Regel des Geſetzes, daß bei jeder cessio, die nicht per donationem facta iſt, der Ceſſionar nur ſoviel einklagen kann, als er dem Cedenten dafür gegeben hat.

Cujacii observ. XVI. obs. 16. Donelli Comm. ad l. 22. C. mand. a Sande l. c. cap. 11. § 26—9.

Giphanius explan. legum Cod. ad l. 22—4. Cod. mand. Frantzke, l. c. № 22, 30—40. Bach, l. c. § 3. u. 6. Fratrum Beethmannorum consilia P. 1. № 9. § 21. Hofacker, princ. jur. III., § 1953.

und nur in den vier im Geſetz genannten Ausnahmsfällen, ſo wie in andern ähnlichen — was durch die Worte „tali ratione intercedente“ ausgeſprochen wird und worauf auch die Schlußworte „tam pro exceptis et specialiter enumeratis, „quam aliis (scil. talibus, similibus) causis“ zu deuten ſcheinen, wo alſo die Ceſſion eine beſondere, gerechte, den Verdacht einer unlautern Abſicht entfernende Veranlaſſung hat, — kann, ſelbſt wenn der volle Betrag der Forderung dem Cedenten nicht vergütet wurde, die erworbene Forderung zum Vollen geltend gemacht werden.

Donellus, l. c. № 11—23.

Da nun aber ſolchergeſtalt immer beſondere Gründe vorhanden ſein müſſen, wenn der Ceſſionar, welcher die Forderung titulo oneroso erworben hat, zur Einklagung derſelben in totum oder in tantum berechtigt ſein ſoll, und da derjenige, welcher ſein Recht auf beſondere Umſtände und Verhältniſſe gründet, ſolche nöthigenfalls zu erweiſen hat, ſo ergiebt ſich hieraus für die Beweislaſt bei der exceptio legis Anastasianae die doppelte Folge,

1) daß der Ceſſionar, welcher, auch wenn er für die Forderung nicht den vollen Preis gegeben haben ſollte, ſie doch zum Vollen einklagen will, nachweiſen muß, daß er ſie auf einen ſolchen Titel erworben habe, der zu den vier Ausnahmsfällen des Geſetzes gehört oder denſelben analog iſt und wobei es auf die volle Berichtigung der Valuta an den Cedenten nicht ankommt. Mevius decis. P. IV. dec. 323. und

2) daß, wenn ein ſolcher Titel nicht dargethan werden kann, der Ceſſionar nur inſoweit zur Realiſirung der auf ihn übertragenen Forderung zugelaſſen werden kann, als er beweiſt, die Valuta dafür entrichtet zu haben, wie dieſes denn auch von den Schriftſtellern mit großer Einhelligkeit angenommen wird.

Frantzke, l. c. № 60. Faber in Cod. lib. IV. tit. 26. def 21.

a Sande, l. c. cap. 11. § 12. 13. Reinold Diss. ad leg. Anast.

Fratr. Beethmannorum Consil. l. c. № 26.

Bach, l. c. § 5. i. f. Hofacker l. c. tom. III. § 1955. Thibaut, Pand. I. § 80. Glück, Erl. XVI. S. 470—2. Wening, l. c. II. S. 182. Borſt, über Beweislaſt, § 47. 48.

Spangenberg, tract. „num lex Anast. vera sit exceptio.“

Lauterbach, Collegium XVIII., tit. 4. § 72.

Die hiegegen in neuerer Zeit von

Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung VI. § 29. p. 275—8.

geltend gemachten Gründe, daß der Anſpruch des Ceſſionars ſchon allein durch die Ceſſion begründet ſei, und daß es dem Schuldner, der aus der theilweiſen Nichtbezahlung der Valuta ſeine theilweiſe Befreiung ableiten wolle, obliege, Solches als ſeine Einrede zu beweiſen, können für durchgreifend nicht erachtet werden. Denn das Erſtere kann, ſeitdem Anaſtaſius das mehrerwähnte Geſetz erlaſſen hat, nicht mehr als richtig zugegeben werden, indem dieſes Geſetz bei oneroſen Ceſſionen den Erwerb der Forderung durch den Ceſſionar nur in

Allsnahmsfällen und außer denſelben nur bis zum Belauf des dafür Gezahlten eintreten läßt. Und, was den letztern Grund anbetrifft, ſo würde dieſer zutreffen, wenn von dem Rechtsverhältniſſe des Schuldners, dem Cedenten gegenüber, die Rede wäre, cf. **Mevius in decis. VIII, dec. 443 u. 444.**; allein dem Ceſſionar liegt es vor allen Dingen ob, zu beweiſen, daß und inwieweit das Recht des Cedenten auf ihn übergegangen iſt, und kann daran der Umſtand Nichts ändern, daß, wenn dieſer Uebergang des Rechts nur unvollſtändig iſt, der **debitor cessus** dadurch **per accidens** von ſeiner Schuld theilweiſe befreit wird.

Aus dieſen Gründen und da das einzeln entgegenſtehende Präjudicat, welches der Beklagte beigebracht hat, noch keine Uſual-Interpretation begründen kann, mußte in dem vorliegenden Falle, wo der Beklagte ſelbſt behauptet, die fragliche Forderung **titulo oneroso** erworben zu haben, ihn die Beweislaſt treffen, der Beweis aber auf die im Urtheile ausgedrückte Alternative geſtellt werden. Denn, inſofern der Beklagte die in ſeinem Appellationslibell voriger Inſtanz aufgeſtellte Behauptung, daß der Wechſel ihm von Heller an Zahlungsſtatt übertragen worden ſei, wahr zu machen vermöchte, ſo bedürfte es des Beweiſes, zu welchem Belauf er ſich denſelben hiebei habe anrechnen laſſen, überall nicht, da die **datio in solutum** zufolge der

l. 22. Cod. cit.

den vollen Anſpruch überträgt, wenn auch der Ceſſionar die Forderung nicht für ihren vollen Nominalwerth angenommen haben ſollte. Kann aber dieſer Titel nicht dargethan werden, ſo muß auch der Beklagte nachweiſen, was und wieviel er für den Wechſel gegeben hat.

Dieſe Beweisauflage war denn auch auf die Berichtigung der bis zur Uebertragung des Wechſels an den Beklagten aufgelaufenen Zinſen mit zu richten, da der Beklagte auch dieſe Zinſen mit compenſiren will, und das Geſetz, wenn es dem Ceſſionar geſtattet, außer dem Gegebenen auch noch Zinſen von dem **debitor cessus** zu verlangen, darunter offenbar

nur Zinſen verſteht, die der Ceſſionar von dem gezahlten Kaufpreiſe bis zum Eingange der ihm cedirten Forderung berechnet.

Freilich würde es nach der jetzt reviviscirenden dritten Beſchwerde des Beklagten in voriger Inſtanz dieſer Beweisauflage überall nicht bedurft haben, wenn der erforderliche Beweis bereits in dem Heller'ſchen Indoſſament und deſſen darin befindlicher Erklärung: „Werth erhalten zu haben," enthalten wäre. Allein einestheils giebt dieſe Erklärung über den Titel der Uebertragung und darüber, wie weit die Valuta berichtigt ſei, gar keine Auskunft, weshalb denn auch die bloße Beeidigung der Richtigkeit des Indoſſaments auf keinen Fall genügen kann. Anderntheils iſt dem Beklagten darüber, ob er ſich des Cedenten als Zeugen in der Sache bedienen könne, vom Niedergericht noch Nichts aberkannt, ja nicht einmal darüber verhandelt worden, und gehört die Entſcheidung hierüber noch nicht hieher, ſondern in das künftige Beweisverfahren.

XXXV. (50B.)

Der Beklagte trat den ihm auferlegten erſten Beweis durch ſeine Handlungsbücher, durch den Indoſſanten Heller als Zeugen und ſpäter, nach abgelaufener Beweisfriſt, durch zwei neue, ihm Anfangs nicht erinnerlich geweſene Zeugen, event. den Schiedeseid deferirend, an. Das Niedergericht verwarf (3. Sept. 1825) alle vorgeſchlagenen Beweismittel, mit Ausnahme des Eides. Das Obergericht (2. Febr. 1826) ließ die Handelsbücher zu und beſtätigte im Uebrigen, jedoch unter Aufhebung der vom Niedergerichte gefaßten Eidesformel, das vorige Erkenntniß, worauf das O.-A.-Gericht unter'm 29. November 1826 erkannte:

„daß die obergerichtliche Sentenz, ſoweit ſie die Verwerfung des Zeugen S. F. Heller (Indoſſanten) beſtätige, wieder aufzuheben und

vielmehr dieſer Zeuge, salvis exceptionibus, zuzulaſſen, im Uebrigen das obergerichtliche Erkenntniß zu beſtätigen."

Entſcheidungsgründe:

„In der Sache ſelbſt kommt es, nach dem Inhalt der von beiden Theilen aufgeſtellten Beſchwerden, auf die vier Puncte an:

I. ob zur Führung des dem Beklagten auferlegten Beweiſes deſſen Handelsbücher zuzulaſſen;

II. ferner, ob dazu der Indoſſant als Zeuge dienen könne;

III. ob die beiden nachträglich vorgeſchlagenen Zeugen benutzt werden dürfen;

IV. ob die vom Niedergericht gewählte Eidesformel für angemeſſen zu achten.

Ad I. Im Allgemeinen unterliegt es keinem Bedenken, daß der Kaufmann zum Beweiſe eines Handelsgeſchäfts, wie ſolches die Uebertragung des Wechſels von Heller an den Beklagten zur Bezahlung einer Waarenſchuld iſt, ſich ſeiner Bücher bedienen kann; und es kommt daher nur auf die Würdigung der Einwendungen an, welche im vorliegenden Falle dagegen erhoben worden. Zuvörderſt iſt nun

1) gerügt, daß innerhalb des peremtoriſchen Beweistermins nur beglaubigte Auszüge aus den Handelsbüchern, aber nicht die Originale ſelbſt beigebracht worden ſind. Die deshalb in Bezug genommene Stelle der

Lüb. Stat. V., 6, 3.

enthält nun zwar die Vorſchrift, daß mit Copien nicht bewieſen werden könne, wenn ſie nicht mit den Originalen beſtärkt werden — eine Vorſchrift, die ganz beſonders bei Handelsbüchern Statt finden muß — allein, wann die Originale dem Richter vorzulegen ſind, darüber verfügt ſie Nichts, und es muß alſo in der Hinſicht bei den gemeinrechtlichen Grundſätzen bleiben. Dieſe erheiſchen nun aber keineswegs, daß die zum Beweiſe beſtimmte Urkunde gleich im Original vorgelegt werde, ſondern man kann den Beweis mit

Abschriften antreten und nur demnächst in einem vom Richter dazu anberaumten Termin das Original produciren. Und gerade bei Handelsbüchern, die der Kaufmann nicht auf längere Zeit entbehren kann und deren ganze Beschaffenheit doch noch demnächst mit Zuziehung des Producten einer Prüfung unterzogen werden muß, wird nach der Natur der Sache und nach der täglichen Praxis der Beweis nur durch Auszüge angetreten. Auch ist es keineswegs der Zweck der Beweisantretung, dem Richter gleich eine vollständige Einsicht von dem Werthe der vorgeschlagenen Beweismittel zu verschaffen, so daß aus diesem Grunde die sofortige Vorlage der Handelsbücher im Original erforderlich wäre; sondern es läßt sich mehrentheils erst am Schlusse des Beweisverfahrens der Werth der Beweismittel gehörig und umfassend würdigen und wird häufig erst hier in solcher Maße gewürdigt. Ebenso unerheblich ist

2) der zweite aus dem Lüb. Stat. a. a. O. Art. 4. entlehnte Einwand, wornach der Kläger die Beweiskraft der Handlungsbücher auf die der Gewandschneider und Krämer, sowie auf die Summe von 50 ℔ beschränkt achtet.

Denn es ist sicher nicht die Meinung des Gesetzes, daß eigentliche Kaufleute des Beweises durch die Handelsbücher ganz entbehren sollen; vielmehr wollte es dieses, den eigentlichen Kaufleuten bereits unzweifelhaft zustehende, Privilegium den in frühern Zeiten nicht zu den commercirenden Collegien gehörenden Krämern und Gewandschneidern, diesen aber nur in beschränkterm Umfange, mittheilen. Von dieser Beschränkung kann mithin nicht die Rede sein, wenn ein eigentlicher Kaufmann, wie der Beklagte, durch seine Bücher einen Beweis führen will.

cf. Mevius, ad art. cit. № 7—10. 22. 27.

Auch

3) der fernere Einwand, daß die Buchführung des Beklagten ungenau sei und daß die Bücher mit dem Dato des Indossaments nicht übereinstimmten, kann der Zulassung der Handelsbücher zum Beweise nicht entgegengestellt werden, obgleich

es den Klägern unbenommen bleiben muß, in der Impugnationsschrift darauf zurückzukommen, insofern sie sich damit durchzukommen getrauen sollten.

Scheinbarer ist es, wenn die Kläger

4) einwenden, daß gegen Dritte mit den Handelsbüchern kein Beweis geführt werden könne, weil diese Dritte dem Kaufmann kein Vertrauen geschenkt hätten und doch hierauf die beweisende Kraft der Handelsbücher wesentlich mit beruhe, und weil dann eine Controlle mit dem eigenen Handelsbuche unmöglich sei.

Es kann aber in dem vorliegenden Falle füglich dahin gestellt bleiben, ob der Beweis durch Handelsbücher gegen einen solchen Dritten, mit dem der Beweisführer gar nicht in Handelsverbindungen gestanden hat, zulässig sei oder nicht, da der verstorbene Schlesinger mit dem Beklagten allerdings schon anderweitig in Handelsverkehr stand und das jedenfalls zu weit gegangen sein würde, wenn man die Handelsbücher nur bei einem Geschäfte, das unmittelbar zwischen den beiden streitenden Theilen verhandelt worden ist, zulassen wollte, indem ja namentlich der Commissionair damit wider seinen Committenten die Beweise erbringen kann, die etwa über die in Gemäßheit des erhaltenen Auftrages mit Dritten geschlossenen Geschäfte nothwendig werden. Irrelevant ist es auch, daß in einem solchen Falle der Product seine Bücher denen des Producenten nicht entgegenstellen kann, denn man darf ja namentlich auch gegen den Nichtkaufmann mit den Handelsbüchern einen Beweis führen. Endlich

5) will der Kläger auch deshalb die Bücher des Beklagten nicht zum Beweise zulassen, weil offenbar schon bei der Einleitung des Geschäfts mit Heller die Compensation mit Schlesinger beabsichtigt und darauf die Buchführung eingerichtet sei, auch die besondern Stipulationen, welche bei der Uebertragung des Wechsels zwischen dem Beklagten und Heller Statt gefunden, aus den Büchern nicht ersehen werden könnten. Allein, abgesehen davon, daß von dem Kläger in der Einlassung auf die von dem Beklagten vorgeschützte

exceptio compensationis die Replik, daß die ganze Ceſſion ſimulirt und der Beklagte von Heller bloß vorgeſchoben ſei, gar nicht vorgeſchützt, und dieſe Replik daher als verſpätet nicht zu beachten iſt, ſo enthalten die Bücher in den ausgezogenen Stellen Angaben, die dem rechtskräftig normirten Beweisthema völlig entſprechen und für daſſelbe genügen. Will nun der Kläger behaupten, daß dabei noch Nebenberedungen vorgekommen ſeien, die nicht mit in die Bücher aufgenommen worden, ſo muß es ihm überlaſſen bleiben, ſolches, ſoweit es den Beweis des Beklagten zu entkräften vermag, in dem Gegenbeweiſe darzuthun; und ſichert es ihn gegen eine im Weſentlichen unrichtige Buchung des fraglichen Geſchäfts, daß ja den Büchern des Beklagten, bevor ſie eidlich beſtärkt ſind, kein voller Glaube beigemeſſen werden kann. Welcher Einfluß übrigens in letzterer Beziehung der ſeitdem erfolgte Tod des Beklagten haben möchte, darüber iſt jetzt nicht zu entſcheiden. Der Zulaſſung des Beweismittels ſteht aber dieſer Umſtand nicht entgegen, da erſt künftig darüber entſchieden werden kann, ob nicht ſtatt des Beklagten deſſen Wittwe zur Beeidigung der Bücher zuzulaſſen ſei und da jedenfalls Handelsbücher, auch, wenn ſie durch den Eid des Kaufmanns nicht haben beſtärkt werden können, doch zur Unterſtützung anderer Beweiſe dienlich ſind. Sodann

II. hat der Beklagte ſich darüber beſchwert, daß der von ihm vorgeſchlagene Zeuge S. F. Heller von den vorigen Richtern nicht zugelaſſen iſt.

Nun ſcheint dieſem Zeugen freilich

1) der Umſtand entgegenzuſtehen, daß er es iſt, welcher den in Frage ſtehenden Wechſel auf den Beklagten übertragen hat, mithin auf ihn die Vorſchrift des

Lüb. Stat. V, 7, 15.

Anwendung finden dürfte, welche Alle, die bei einer Sache in Rathen und Thaten geweſen ſind, als Zeugen verwirft.

Allein dieſe Beſtimmung geht nur auf den Fall, wenn der Zeuge im beſondern Intereſſe der Partei gehandelt, ihr mit Rath und That beigeſtanden hat, aber nicht auf einen

Fall, wie der vorliegende, wo der Zeuge zu seinem eignen Besten einen selbstständigen Vertrag mit dem Beklagten abgeschlossen. Hiedurch entsteht nun freilich 2) ein anderes Bedenken aus der Frage: ob nicht etwa jener Zeuge als Zeuge in eigner Sache erscheine oder doch wenigstens Part und Theil an derselben habe, welches Letztere nach dem

Lüb. Stat. a. a. O.

zu seiner Ausschließung schon genügen würde. Allein für einen Zeugen in eigner Sache kann Heller nach dem, was bis jetzt vorliegt, durchaus nicht geachtet werden, da es nicht erhellt, daß er bei dem Ausgang des Rechtsstreits direct Vortheil oder Schaden hat, nur derjenige aber nach den Gesetzen als testis in propria causa angesehen werden kann, den unmittelbar der Ausgang des Rechtsstreits trifft. Nun kann freilich das, wenn auch nicht unmittelbare, doch nahe und erhebliche Interesse, welches der Zeuge bei dem Ausgang des Rechtsstreits hat, auch dahin führen, ihn verwerflich zu machen, und mit Recht wird aus diesem Grunde der Cedent als ein unzulässiger Zeuge für den Cessionar angesehen, wenn es sich von der Richtigkeit der cedirten Forderung, wofür er einstehen muß, handelt. Wenn aber diese, wie im vorliegenden Fall, eingeräumt ist und es bloß auf den Beweis der Cession und der dabei gemachten Bedingungen ankommt, so mag zwar immer bei dem Cedenten eine, seine Glaubwürdigkeit etwas verringernde, affectio causae anzunehmen sein, ein eigentliches Interesse aber, welches seinen Glauben ganz vernichtet, ist an sich offenbar nicht vorhanden, da der Cedent an sich dafür nicht verantwortlich ist, wenn der Cessionar wegen Mängel oder mangelhaften Beweises der Cession nicht zur Hebung oder nicht zur vollen Hebung der cedirten Forderung gelangt. So wie daher Manche schon den Grundsatz aufstellen, daß in Betreff der lex Anastasiana der Beweis der gehörig berichtigten Valuta durch eine eidliche Versicherung des Cedenten beschafft werden könne,

Frantzke, resol. l. c. 8. № 15. 16. Faber in Cod. lib. IV. tit. 26. def. 20.

so kann es auch in gewöhnlichen Fällen nicht für unstatthaft erachtet werden, den Cedenten als förmlichen Zeugen hiefür abhören zu lassen.

Nun ist freilich im vorliegenden Fall der Wechsel nicht mittelst einer Cession, sondern mittelst eines Indossaments übertragen, und diese letztere Form verpflichtet an sich den Autor, auch für den richtigen Eingang der übertragenen Wechselforderung zu haften. Allein hier kann dieser Umstand nicht weiter in Betracht kommen; denn nachdem es einmal rechtskräftig entschieden worden, daß der Beklagte sich bei diesem Indossament die exceptio legis Anastasianae gefallen lassen müsse, während sonst diese Einrede gegen Wechsel-Indossamente nicht Statt findet, so ist damit zugleich entschieden, daß das fragliche Indossament, wenigstens so viel die exceptio legis Anastasianae betrifft, nicht nach den Grundsätzen der Indossamente, sondern der Cessionen zu beurtheilen sei. Mag daher der Indossant Heller aus seinem Indossament dem Beklagten, wie dieser auch behauptet, immerhin noch im Uebrigen für den richtigen Eingang des Wechsels verhaftet sein, so haftet er ihm doch an sich nicht für den Ausfall, welchen derselbe hiebei durch die Anwendung der lex Anastasiana erleiden möchte, und das um so weniger, weil dem Beklagten dieser Verlust aus seinem eigenen, von den Gesetzen für unerlaubt erklärten facto des wohlfeileren Erhandelns einer fremden Forderung erwachsen würde, und weil es allen Umständen nach nicht anzunehmen ist, daß Heller bei der Uebertragung dieses längst präjudicirten Wechsels auch dafür dem Beklagten habe einstehen wollen, daß er mehr als die für denselben berichtigte Valuta dafür wieder erhalten werde. So wie daher die Sache vorliegt, erscheint Heller bei demjenigen, was den Gegenstand seines Zeugnisses ausmacht, nicht interessirt. Es müßte daher derselbe für jetzt zugelassen werden, aber nur salvis exceptionibus, denn es läßt sich die Möglichkeit nicht verkennen, daß wegen besonderer, zur Zeit aus den Acten noch nicht hervorgehender Umstände demnächst anzunehmen sein könnte: dieser Zeuge sei bei der Sache in

„Rathen und Thaten" geweſen, oder er habe dann „Part und Theil," und daß deshalb in der Folge eine gänzliche Verwerflichkeit ſeines Zeugniſſes angenommen werden müßte.

Dagegen konnte

III. dem weitern Verlangen des Beklagten, die beiden nach Ablauf der Beweisfriſt von ihm vorgeſchlagenen Zeugen zuzulaſſen, nicht entſprochen werden.

Zwar ſteht dem nicht entgegen, daß der Beklagte ſich bei der Antretung des Beweiſes fernern Zeugenbeweis nicht vorbehalten hat; denn die desfallſige Vorſchrift des

Lüb. Stat. V, 7, 1.

bezieht ſich nur auf den Fall, wenn der Producent ſich ſolche Zeugen, welche ihm bei der Beweisantretung bereits bekannt waren, für den Fall, daß ihm von den vorgeſchlagenen Zeugen etliche widerlegt werden ſollten, reſerviren will, und verordnet, daß er dann auch dieſe gleich Anfangs namhaft machen ſoll.

vrgl. den Cod. v. J. 1240 Art. 48. Westphalen, mon. ined. III. Cod. v. Brockes I. art. 49. II. art. 184. III. art. 180.

was ja bei erſt ſpäter aufgefundenen Zeugen gar nicht möglich iſt.

Von ſolchen Zeugen redet vielmehr einzig und allein der Gem. Beſcheid vom 6. Febr. 1756. Nach demſelben iſt aber gegen die Zulaſſung dieſer Zeugen der Umſtand entſcheidend, daß ſie dem Beklagten zur Zeit der Beweisantretung bereits bekannt waren, und daß, wenn er ſich ihrer damals nicht erinnert haben ſollte, dieſes den vorliegenden Verhältniſſen nach nicht anders als wie eine unverzeihliche Sorgloſigkeit angeſehen werden kann. Wenn daher der Gem. Beſcheid vom 6. Febr. 1756 den Producenten mit ſolchen Zeugen nicht anders zuläßt, als wenn er eidlich erhärtet, „daß er vorher von denſelben keine Wiſſenſchaft gehabt habe," ſo kann der von dem Beklagten ſtatt deſſen angebotene Eid: „daß ihm die gedachten Zeugen vorher nicht erinnerlich geweſen ſeien," wenigſtens unter den vorwaltenden Umſtänden als kein zuläſſiges Aequivalent

für den geſetzlich vorgeſchriebenen Eid angeſehen werden. Auch der eventuell von dem Beklagten dieſer Zeugen wegen gebetenen Reſtitution — worüber, da Beklagter ſie ſelbſt bei den höhern Inſtanzen, an welche die Sache ohnehin anderweitig devolvirt wurde, nachgeſucht hat, gegen ihn auch von dieſen erkannt werden kann, — ſteht der erwähnte Umſtand entſcheidend entgegen, daß er ſich bei der unterlaſſenen zeitigen Vorſchlagung dieſer Zeugen in eigenem Verſchulden befindet.

Endlich beſchwert ſich

IV. der Kläger noch darüber, daß das Obergericht es nicht bei der vom Niedergericht normirten Formel des zugeſchobenen Eides belaſſen habe. Dieſe Beſchwerde erſcheint aber verwerflich. Denn die vom Niedergericht in die Eidesformel aufgenommene Stipulation eines „unbedingten Hingebens und Annehmens des Wechſels an Zahlungsſtatt" widerſpricht nicht nur dem Beweisthema, ſo wie es rechtskräftig normirt worden iſt; ſondern es erfordert auch das Recht keineswegs, daß, um die Anwendung der lex Anastasiana auszuſchließen, eine unbedingte datio in solutum, wobei der Cedent für den Eingang der Forderung keine Garantie übernimmt, verabredet worden ſei. So wie demnach bei einer verkauften Forderung der Ceſſionar doch den wirklich gezahlten Kaufpreis gegen den debitor cessus einklagen kann, ohngeachtet ihm der Cedent für den Eingang der Forderung Garantie geleiſtet hat, ſo kann eine ſolche Garantie dem Ceſſionar bei der Einklagung der ganzen Forderung auch dann nicht entgegenſtehen, wenn ihm ſelbige mittelſt einer datio in solutum übertragen iſt.

XXXVI. (51.)

P. Thee c. Aelteste des Böttcherhandwerks.

Zu dem confirmatorischen Urtheil vom 30. März 1825
in Sachen
P. Thee, Bekl., Appellanten,
contra
Aelteste des Böttcherhandwerks, Kl., Appellaten,
Eingriff in Amtsgerechtsame betr.,
enthalten die Entscheidungsgründe Folgendes:

„Der Appellant geht zunächst davon aus, daß ein Fabrikherr wohl befugt sei, sein Gesinde für seine Fabrik auch zu solchen Arbeiten anzustellen, welche sonst nur von Zunftgenossen verfertigt werden dürfen; woraus denn weiter abgeleitet wird, daß er, Appellant, selbst die Befugniß habe, die zu seiner Amidamfabrik benöthigten Fässer durch Leute, die bei ihm in Kost und Lohn stehen, verfertigen zu lassen.

Nun ist es aber als eine in der Natur der Sache begründete Regel anzusehen, daß die gewerbsmäßige Verfertigung der unstreitig zu den Amtsbefugnissen einer Zunft gehörigen Arbeiten da, wo der Zunftzwang stattfindet, von Niemanden anders, als von Zunftgenossen geschehen darf. Und, obgleich hiedurch Niemand verhindert wird, zu seinem eigenen Hausbedarf Zunftarbeiten sowohl selbst zu machen als durch seine Dienstboten machen zu lassen,

Fricke, Grundsf. des Rechts der Handw. § 78.
Ortloff, Recht der Handw. § 99.
Cocceji, Cons. et resp. II. № 177.
Danz, Hdb. des D. Pr. R. V, S. 66.
Mittermaier, D. Pr. R. § 458.

welches auch durch Wette-Erkenntniß vom 4. Mai 1819 in Sachen der Hauszimmerleute c. Marty bestätigt worden

ist, so kann dies doch nicht dahin ausgedehnt werden, daß der Hausvater nun auch seine Dienstboten zur Verfertigung von Handelsartikeln oder von solchen Gegenständen, die er bei Gelegenheit seines Handels Andern für Geld überläßt, anstellen dürfte.

Hagemann's pract. Erört. VII, Erört. 121.

Denn jene Ausnahme hat hauptsächlich darin ihren Grund, daß dies nicht für einen gewerbsmäßigen Betrieb geachtet werden kann, theils aber auch darin, daß die auf solche Weise entstehende Beeinträchtigung der Zünfte meistens von keiner großen Bedeutung ist, und daß dagegen die bürgerliche Freiheit allzusehr beschränkt werden würde, wenn man nicht einmal zum eignen Bedürfnisse die Kräfte und Kenntnisse, welche man selbst besitzt, oder welche den zur Familie gehörigen Hausgenossen zustehen, anwenden dürfte.

Es folgt aber aus diesen Gründen gar nicht, daß man nun auch dem Fabrikherrn die Befugniß zugestehen müßte, die zu seiner Fabrik benöthigten Arbeiten durch solche Leute, die bei ihm in Kost und Lohn stehen und die wohl gar deshalb von ihm eigends in Dienst genommen werden könnten, verfertigen zu lassen. Denn in solchem Falle würde die Beeinträchtigung sehr erheblich sein, ja es würde einem Unzünftigen ein wahrer gewerbsmäßiger Betrieb eingeräumt, welcher doch, so weit er Zunftarbeiten betrifft, nur von den Zunftgenossen allein geübt werden darf.

Zwar sucht der Appellant sich damit zu schützen, daß er die Amidamtonnen nicht verkaufe, sondern unentgeltlich auf die Waare zugebe; allein, wenn dies auch unter Umständen wohl einmal geschehen mag, so ist es doch einleuchtend, daß eine Amidamfabrik nicht bestehen könnte, wenn die erforderlichen Tonnen nicht von den Käufern, sei es besonders oder mittelst eines höhern Preises der Waare, vergütet würden. Ueberdies ist der Kläger überführt, daß er sich die Amidamtonnen auch wohl besonders bezahlen lasse.

Der Beklagte beruft sich ferner auf Beispiele anderer Gewerbe, welche, nach seiner Angabe, ihr Verbietungsrecht

auf die Verfertigung von mancherlei Gebinden, worin eine Waare verschickt wird, nicht erstrecken. Allein, wenn auch der Handschuhmacher die Kiste zu den Handschuhen, der Seidenkrämer den Carton zur Versendung seiner Waare, der Handelsgärtner die Körbe zu den Gewächsen durch Lehrlinge oder Dienstboten verfertigen läßt u. s. w., und wenn auch die einschlagenden Zünfte dagegen Nichts einwenden und vielleicht Nichts einwenden können, so erklärt sich dies aus der Unerheblichkeit solcher, überall keine besondere Kunstfertigkeit voraussetzender Arbeiten und daraus, daß sich durch das Leben und den Gebrauch die Unbequemlichkeiten und das Unnatürliche beseitigen und ausgleichen, wozu eine allzuschroffe Anwendung des Zunftzwanges führen müßte. Ganz etwas Anderes aber ist es, wenn auf einer Amidamfabrik nicht etwa von einem ohnehin erforderlichen Dienstboten beiläufig eine alte Tonne wieder zusammengeschlagen und ausgebessert wird, sondern, wenn unter dem Namen Dienstboten Leute gehalten werden, deren eigentliche Beschäftigung ganz oder großen Theils darin besteht, die zum Betriebe des Böttcheramts gehörigen, zur Versendung der Waare erforderlichen Tonnen für die Fabrik neu zu verfertigen. Dies ist ein wahrer Eingriff in das Verbietungsrecht der Zunft, welcher durch die Befugniß des Hausvaters, sein Gesinde zu jeglichem Hausbedarf zu verwenden, nicht gerechtfertigt werden kann.

Nachdem nun aber das Interlocut der Wette vom 7. Oct. 1823, wodurch dem Beklagten der Beweis nachgelassen worden: „daß die bei der Böttcherarbeit betroffenen Wollitz und Stoll sich bei ihm in Kost und Lohn befinden," die Rechtskraft erlangt hat, ist dadurch kein neues formelles Recht für die Parteien festgestellt worden, so daß der Gewinn oder Verlust der Sache nun lediglich von dem Erfolg der Beweisführung abhängig ist.

Zwar gestatten die gesetzlichen Bestimmungen des gemeinen Rechts keine Rechtskraft von bloßen Interlocuten, allein das Gegentheil ist in Deutschland durch Schriftsteller und Praxis so allgemein und entschieden angenommen, daß der

desfallsige Gerichtsgebrauch die Kraft eines wahren Gewohnheitsrechtes erlangt hat, so daß man unmöglich davon abgehen kann.

Und diese nun einmal stattfindende Rechtskraft erstreckt sich bei Beweisinterlocuten nicht bloß auf Dasjenige, was darin ausdrücklich ausgesprochen, sondern auch auf Alles, was dadurch unzweifelhaft implicite wirklich festgestellt ist.

Gensler, im Archiv für d. civ. Pr. I. S. 362 ff.

Wenn also nach Verhandlung der Sache im ersten Verfahren der factische Grund der zur gänzlichen Vernichtung des Klagfundaments ergriffenen und vom Kläger bestrittenen Einrede des Beklagten zum Beweise verstellt ist, so steht es rechtskräftig fest, daß der Beklagte nach geführtem Beweise von der Klage zu entbinden sei, obgleich diese eventuelle Freisprechung dem Interlocute nicht ausdrücklich beigefügt worden ist.

In dem vorliegenden Falle hatte der Beklagte seine ganze Vertheidigung darin gesetzt, daß er die Amidamtonnen für seine Fabrik von Wollitz und Stoll machen zu lassen berechtigt sei, weil dieselben bei ihm in Kost und Lohn ständen. Obwohl nun die Kläger nicht bloß die Thatsache, daß jene beiden Leute die Dienstboten des Beklagten seien, in Abrede stellten, sondern auch die Befugniß, Dienstboten zu solchen Arbeiten anzustellen, bestritten, so ward dennoch auf den Beweis jener Thatsache erkannt, und die Kläger ließen diesen Spruch rechtskräftig werden. Bei solcher Lage der Sache gehörte keine besondere juristische Einsicht dazu, um vorauszusehen, daß die Wette den Beklagten freisprechen würde, wenn er den ihm auferlegten Beweis zu führen im Stande sein sollte, und die Kläger wurden hierauf zum Ueberflusse noch durch den Entscheidungsgrund des Wettegerichts zum Urtheil vom 7. October 1823: „daß der Bürger nicht behindert werden möge, sein bei ihm in Kost und Lohn stehendes Gesinde zu den benöthigten Handwerksarbeiten zu gebrauchen," aufmerksam gemacht und gleichsam erinnert, daß sie ein Rechtsmittel ergreifen müßten, wenn sie den Ausgang der

Sache nicht lediglich von dem Erfolge des Beweises abhängen lassen wollten.

Nun meinen zwar die Kläger, gestützt auf die Autorität mehrerer Schriftsteller, jene Wirkung rechtskräftiger Beweisinterlocute könne wenigstens dann nicht eintreten, wenn entweder ein unerheblicher Punct zum Beweise verstellt oder sonst eine ganz unangemessene Beweisauflage gemacht sein sollte. Allein so wahr es ist, daß irrelevante Puncte nicht zum Beweise zu verstellen sind, und daß der Richter überhaupt den Gesetzen gemäß zu erkennen hat, so kommt es doch bei'm formellen Rechte nur darauf an, ob der Richter, welcher das Beweisinterlocut abgab, den zu erweisenden Punct für erheblich und die Grundlage desselben für gesetzmäßig erachtete; und daß Beides hier der Fall war, ergeben die Entscheidungsgründe des Interlocuts vom 7. Octbr. 1823 deutlich genug. Auch kann man wohl hinzusetzen, daß der Punct, auf dessen Beweis erkannt worden, sich keineswegs als ganz offenbar unerheblich darstellte und daß die Kläger mit großem Unrecht das Interlocut als ein Erkenntniß contra jus in thesi bezeichnet haben. Ueberhaupt aber würde es die größte Inconsequenz sein und alle Rechtssicherheit aufheben, wenn man zwar den Beweisinterlocuten im Allgemeinen eine Rechtskraft zugestehen, zugleich aber gestatten wollte, dieselben alsdann bei'm Definitiv-Erkenntnisse unbeachtet zu lassen, wenn sich zeigen ließe, daß auf den Beweis, sowie geschehen, nicht hätte erkannt werden sollen; weshalb allerdings die Meinung die richtigere ist, wornach eine solche Beschränkung der Rechtskraft der Interlocute nicht gestattet wird.

Mevius II. Dec. 301. Weber, Verh. z. Beweisf. II. S. 29. Archiv für civ. Pr. a. a. O. Bülow u. Hagemann, Erört. VI. № 37.

— — — — — — — — — — —

So würde denn der Beklagte, zwar nicht in Uebereinstimmung mit dem materiellen Rechte, aber doch vermöge der processualischen Lage der Sache freizusprechen, mithin das Erkenntniß des Obergerichts wieder aufzuheben und das der

Wette wieder herzustellen gewesen sein, wenn der Beklagte wirklich, wie das Wettegericht angenommen hat, den ihm auferlegten Beweis soweit geführt haben sollte, daß er zu der ihm verstatteten Eidesleistung gelassen werden müßte. Allein, indem nunmehro die bei'm Obergericht angebrachte zweite Beschwerde der Kläger: daß der Beweis durch den Eid des Beklagten für genügend angenommen und nicht vielmehr für gänzlich verfehlt erklärt worden, wieder erwachte und in Erwägung gezogen werden mußte, so führte dies endlich dennoch im Wesentlichen zur Bestätigung des obergerichtlichen Urtheils.

Es kann nemlich der dem Beklagten im Wette-Erkenntnisse nachgelassene Eid nur als ein gewöhnlicher Erfüllungseid angesehen werden, theils weil die Stellen des Lübschen Statuts, wornach der bloße Eid des Beklagten zu seiner Freisprechung hinreicht, den vorliegenden Fall nicht begreifen und eine Ausdehnung auf denselben nicht gestatten, theils, weil hier in einem wirklichen Civilprocesse förmlich auf Beweis erkannt und dieser Beweis durch Zeugen angetreten ist.

Demnach kommt es lediglich darauf an, ob der Beklagte den Beweis soweit geführt hat, daß man berechtigt ist, auf einen Erfüllungseid zu erkennen. Dies läßt sich aber nicht annehmen, denn die vom Beklagten gestellten Zeugen sind nach der Vorschrift des Stadtrechts in dieser Sache als völlig unzulässig anzusehen. Will man nemlich auch darüber hinsehen, daß sie selbst bei der Sache betheiligt sind, indem sie wünschen müssen, ihren Verdienst bei dem Beklagten zu behalten, und insbesondere nicht als Pfuscher zur Verantwortung gezogen zu werden, so sind sie doch nach der eigenen Erklärung des Beklagten in dessen Brode, und von solchen Leuten sagt das Statut ausdrücklich, daß sie in des Brodherrn Sachen in demjenigen, was sich bei Tage zugetragen hat, nicht zeugen können.

Lib. V, tit. 7. art. 5.

Diese ganz allgemein von den Sachen des Brodherrn redende, mithin das Zeugniß über Dienstverhältnisse nicht ausschließende Stelle kann nun auch wegen etwaniger Schwierigkeit

der dem Beklagten auferlegten Beweisführung nicht außer Acht gelassen werden; denn das Statut gestattet nur bei Vorfällen, die sich in der Nacht zugetragen haben, eine Ausnahme. Ueberdies konnte es dem Beklagten nicht schwer werden, durch andere Mittel ein etwa vorhandenes wahres Dienstverhältniß der Leute Wollitz und Stoll vollkommen zu erweisen. Zwar beschuldigt der Beklagte die Gegner eines Widerspruchs, indem sie läugnen, daß Wollitz und Stoll in seinem Dienste stehen und doch das Zeugniß dieser Leute deswegen verwerfen wollen, weil sie seine Dienstboten seien. Allein dieser Einwurf ist ohne alle Bedeutung, da der Beklagte nicht mehr verlangen kann, als daß seine Zeugen nach seinem eignen Anführen und nach den Thatsachen, die er durch sie beweisen will, beurtheilt werden. Auf allen Fall steht aber das Dilemma fest: entweder sind Wollitz und Stoll seine Dienstboten nicht, dann durfte er auch keine Tonnen von ihnen machen lassen; oder sie stehen in seinem Brode, dann konnte er durch ihr Zeugniß den ihm nachgelassenen Beweis nicht führen."

XXXVII. (52.)

Travemünder Fischer c. die Stadt- und die Gothmunder Fischer.

Zu dem Urtheile vom 13. Mai 1825 in Sachen
der Travemünder Fischer
c.
die Schlutuper, die Stadt- und die Gothmunder Fischer
geben die Entscheidungsgründe eine Interpretation des Vergleichs vom 1. Oct. 1810 und des Senatsdecrets (Regulativs) vom 19. Oct. 1803, wornach die Travemünder Fischer berechtigt sind, ihre Netze außerhalb der Rhede zwischen dem Blockhause und der Harkenbeck oder dem Mevensteine zu setzen, so daß sie den Wadenzügen der Lübschen und Schlutuper Fischer nicht hinderlich sind, d. h.

1) daß sie ihre Netze nicht vor die Wadenzüge der schon damit beschäftigten Schlutuper (und Lübschen) Fischer hinstellen dürfen, und

2) daß sie ihre Netze aufnehmen müssen, wenn die Schlutuper erst später ankommen und ihre Waden da ziehen wollen, wo die Netze ausgestellt sind; doch müssen letztere ihnen die zum Aufziehen unumgänglich nöthige Zeit gönnen, und dürfen auch alsdann die Travemünder hinter den Schlutupern herfischen.

XXXVIII. (53.)

Gewandschneider c. Tuchmacher.

Die Entscheidungsgründe zum Urtheil vom 28. Febr. 1826 in Sachen der

Aeltesten der Gewandschneider c. Tuchmacher

liefern zu der Lehre von den Provocationen nachstehenden Beitrag:

„Nachdem einmal in Folge Usual-Interpretation der lex diffamari (5. Cod. de ingenuis manum.) feststeht, daß die Berühmung von Ansprüchen dem Diffamaten das Recht giebt, den Gegner zur Geltendmachung seines Rechts aufzufordern, so kann das im vorliegenden Fall von Seiten der Tuchmacher geltend gemachte Provocations-Recht im Ganzen als ausgemacht gelten, und kommt es nur noch darauf an, ob besondere Gründe dasselbe im vorliegenden Fall als unanwendbar darstellen.

In dieser Hinsicht könnte zuvörderst gezweifelt werden, ob es eine zur Begründung der vorliegenden Provocation geeignete Diffamation zu nennen sei, wenn die Gewandschneider-Compagnie in Folge eines sich angeeigneten Verbietungsrechts gegen einen Einzelnen aus der Mitte der Tuchmacher gerichtliche Zwangsmaßregeln auszuwirken suchte und damit wirklich durchdrang. In einem solchen Verfahren scheint nemlich keine Ungebühr, kein schon in der Berühmung und Verbreitung

selbst enthaltenes widerrechtliches Benehmen zu liegen, wie solches nach den Worten der

Kammer-Ger.-Ordn. v. 1555. Th. 2. Tit. 25.

„in denen solche Diffamation gefährlicher, betrüglicher Weis „oder in anderer Wege, dem andern Theil zum Nachtheil „und Beschwerung geschehen"

erfordert wird. Indessen liegt doch in dem angemaßten Verbietungsrechte einer Corporation, wodurch sie eine andere in der Ausübung ihres natürlichen regelmäßigen Rechts, zum Absatz eigener Fabrikate auf dem Wege des Handwerkskrams, stört, wohl schon etwas dem andern Theil zum Nachtheil und zur Beschwerung Gereichendes besonders im vorliegenden Falle, wo die von den Gewandschneidern durchgesetzte, mit Publicität verknüpfte Auswirkung von richterlichen Strafbefehlen gegen einzelne Innungsgenossen durch Abschreckung von Käufern die Gegner um den aus dem Geschäfte resultirenden Verdienst zu bringen droht. Auch liegt in der Natur der Verhältnisse, namentlich in dem practischen Bedürfniß, in der Provocation ein Mittel zu haben, zur Contestation gekommene Rechte auf's Reine zu bringen, kein Grund, die Provocation auf Diffamationen, welche schon in sich selbst etwas Ungebührliches mit sich führen, zu beschränken. Hiergegen kann aus dem in der obigen Stelle des Röm. Rechts vorkommenden Ausdruck diffamari kein Einwand entlehnt werden, da man darüber allgemein einig ist, daß nicht die gedachte Stelle der Sitz dieser Provocation sei. Auch wenn die angezogene Stelle der Kammer-Ger.-O. die Provocation zuläßt, wenn die Diffamation gefährlicher betrüglicher Weise oder in anderm Wege dem andern Theil zum Nachtheil und Beschwerung geschehen, so ist durch den Zusatz: „in anderm Wege" auch über den Fall der Betrüglichkeit und Gefährlichkeit hinaus dem Richter in Zulassung der Provocation ein angemessenes arbitrium eingeräumt. Nun giebt es zwar mehrere Schriftsteller, welche den Gebrauch der Provocation auf dolose Diffamationen beschränken,

Fratr. Beethmann. Cons. I. № 8. Schmidt, v. ger. Kl. u. Einr. § 272.

Tafinger, inst. jurisj. cam. I. § 603.

Indessen bezeugt schon Leyser, spec. 81. med. 2. mit Billigung der andern Meinung und übereinstimmend mit ihm

Weber, Beitr. zu Kl. u. Einr. I. S. 29,

daß fast alle Juristen jede Berühmung von Ansprüchen zur Provocation für hinlänglich hielten, und

Movius, Dec. VI, 6. 285. VI, 8. 54.

Berger, Elect. process prov. 89 in fine

wenden dies sogar auf Behauptung von Gesprächen an, welche vor Gericht im Processe mit Andern vorgetragen sind.

Hiernächst scheint wider die gegenwärtige Provocation ein Bedenken daraus zu entstehen, daß die Tuchmacher, wenn sie ein Interesse haben, den Streit ausgemacht zu sehen, dazu in der Anstellung der actio negatoria ein geeignetes Mittel besitzen. Es ist nemlich ein von Vielen behaupteter Satz, daß die Provocation nur subsidiarischer Natur sei, also nur gelte, insofern es dem Diffamaten an einem andern Mittel zur Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung fehle. Indessen der oft dafür angeführte Grund, daß die Provocation als eine Ausnahme von der Regel „ut nemo invitus agere cogatur," ein singuläres und außerordentliches Rechtsmittel und eben darum subsidiarisch sei, ist nicht durchgreifend, denn es fehlt an gesetzlichen Vorschriften und Analogien, um alle singulären und außerordentlichen Rechtsmittel für subsidiarisch zu halten. Ist doch gewiß die in integrum restitutio ein außerordentliches Rechtsmittel, und dennoch steht sie dem minor ohne alle Vorausklagung des nachlässigen Vormundes zu.

l. 3. C. si tutor interven.

Auch daß die Reichsgesetze von jeher dem Mißbrauch der Provocation am Kammergericht zu wehren suchten,

Reichs-Absch. v. 1532. Art. 3. § 2.

Kammer-G.-O. v. 1555. Th. 2. Tit. 25.

J. R. A. § 83.

ist nicht angewandt auf Versagung der Provocation für den Fall, daß es noch ein anderes Rechtsmittel giebt, sondern begegnet nur einem andern Mißbrauche, daß nemlich die Provocation am Kammergerichte häufig nur benutzt wurde, die

Sache anhängig zu machen, ohne alle Absicht, sie endlich durchzuführen, und daß die Provocation mit Verletzung des beneficium primae instantiae in Sachen der Mittelbaren und der Aufträgalberechtigten so oft an das Kammergericht gebracht wurde. Daraus aber, daß es bei einem Rechtsmittel überhaupt Grundsatz ist, dem Mißbrauch zu wehren, folgt dessen subsidiäre Natur noch nicht, wie ja auch Appellationen u. s. w. nicht mißbraucht werden sollen, ohne daß sie darum subsidiarisch sind.

Am mehrsten für die subsidiarische Natur der Provocation möchte sich daraus entnehmen lassen, daß das practische Bedürfniß, welchem die ganze Provocation ihr Dasein verdankt, eigentlich nur auf den Fall geht, wo es dem Diffamaten an einem andern Rechtsmittel fehlt. Indessen kann doch bei einem durch Gewohnheit und Gerichtsgebrauch entstandenen Rechtssatze hierauf nur insofern Gewicht gelegt werden, als sich aus den Zeugnissen der practischen Schriftsteller zeigen läßt, daß man die durch den Grund der Einführung an die Hand gegebene Beschränkung wirklich vor Augen gehabt und in der Anwendung festgehalten hat. Geht man nun auf die älteste Zeit seit Einführung des Röm. Rechts in Deutschland zurück, so findet sich kein Zeugniß für die subsidiarische Natur der Provocation; vielmehr nimmt ziemlich früh

Bartholomaeus Blarerius repetit. legis diffamari (1563) c. 1. № 4.

bestimmt an, daß die Provocation durch das Dasein anderer Rechtsmittel nicht ausgeschlossen werde, und bei den Cameralschriftstellern des 16. Jahrhunderts, welche sich mit der provocatio ex lege diffamari weitläuftig beschäftigt haben, auch bei dem hin und wieder dafür angeführten Gail, findet sich die subsidiarische Eigenschaft gar nicht erwähnt, am wenigsten als eine gangbare und ausgemachte Regel. Später hat sich freilich die Meinung von der subsidiären Natur der Provocation sehr verbreitet. Sie findet sich mit Berufung auf Baldus bei

Caesar Contardus comment. in leg. diff. c. 4. № 97 ff.

welcher aber doch noch die Ausnahme hinzufügt: wenn die provocatio pinguior vel utilior sei, als die dem Diffamaten gestattete Klage, wodurch in der That die Regel wieder aufgehoben wird. Später erklärten sich für die subsidiarische Natur

Mevius dec. I., 144. № 3 u. 4, mit Berufung auf Baldus u. Contardus.

Berger, Elect. proc. prov. thes. 8.

Seitdem findet sich dieselbe Meinung sehr häufig,

Wernsdorf de remed. prov. ex leg. si cont. § 10.

Koch de foro prov. § 3.

Claproth, summar. Proceß § 19 № 4.

Zachariae lib. quaest. XXX, § 3.

Süplitz, summar. Proceß § 11 a. E.

v. Bülow u. Hagemann, Pr. Erört. IV, b. S. 37.

Gönner, Handb. des Proc. IV, 73. § 10. № 4.

Indessen behauptet keiner dieser Schriftsteller für seine Meinung einen ganz entschiedenen Gerichtsgebrauch; auch findet sich schon bei ältern Juristen die vorhin bemerkte, von Contardus vertheidigte Beschränkung,

Lauterbach diss. Vol. 2. № 84 thes. 58. i. f.

ja eine neuere Gesetzgebung, welche sich durch das Anschließen an die in den Gerichten bisher angenommene Meinung auszeichnet,

Preuß. Ger.-Ordn. Th. I. Tit. 32. § 2. u. 3.

giebt dem Diffamaten die freie Wahl, selbst als Kläger aufzutreten oder die Provocation anzustellen.

Besonders aber hat sich in der allerneuesten Zeit die Meinung der Juristen wieder dafür erklärt, daß Provocationen keine subsidiarische Rechtsmittel seien.

Martin, Civ.-Proc. § 244. not. q.

Glück, Pand. VI, S. 507.

Schweitzer, Prov.-Proceß. S. 60.

Archiv f. civ. Pr. IV, № 10.

Gottschalck, discept. for. tom. II, c. 7,

welcher letzte gerade die Frage behandelt, ob derjenige, welchem die actio negatoria zusteht, ad agendum provociren könne.

Als Resultat des Obigen wird man daher annehmen müssen, daß die subsidiarische Natur der Provocation auch in der Gewohnheit und dem Gerichtsgebrauch keine entschiedene Stütze für sich habe.

Wenn man es indessen im Allgemeinen auch noch als zweifelhaft ansieht, ob man statt einer zuständigen Klage auch die Provocation erwählen dürfe, so spricht doch im vorliegenden Falle für die Gestattung der Provocation, daß die Gewandschneider ganz in der Lage sind, die Kläger machen zu müssen, weil sie ein Verbietungsrecht in Anspruch nahmen, was dem natürlichen und regelmäßigen Rechte der Tuchmacher, ihre Fabrikate mittelst des Handwerkskrams abzusetzen, widerstreitet. Daß hier die Diffamaten auch eine actio negatoria haben für den Fall, daß sie selbst freiwillig die Rolle des Klägers übernehmen wollen, ist nur ein Klagmittel, dessen es eigentlich nicht bedürfte, und was die Natur des Verhältnisses, nach welchem die Diffamaten hier eigentlich gar nicht klagen sollten, nicht verrücken darf, indem sonst das ihnen gestattete commodum einer eignen Klage ganz gegen klare Vorschriften (l. 25. D. de legibus) in ein incommodum verwandelt werden würde. Es dient also die Zulassung der Provocation im vorliegenden Falle offenbar dazu, die Sache wieder in die gehörige Lage zu bringen.

Weil nun in der vorliegenden Sache besonders die Beschaffenheit des concreten Falls entscheidet, so konnte auch das von den Provocaten beigebrachte Präjudicium des Niedergerichts, nach welchem in einer andern Sache, worin der concrete Fall anders gestaltet war, wegen Daseins einer dem Diffamaten zustehenden Klage die Provocation abgeschlagen wurde, in keine weitere Beachtung kommen, welche demselben, als einer ganz einzeln dastehenden Entscheidung, auch ohnehin nicht hätte zu Theil werden können.

Noch ein Anstand gegen die Zulassung der Provocation entsteht daher, daß die Gewandschneider wiederholt einen unvordenklichen Besitz ihres Verbietungsrechts behauptet haben und daß nach der gemeinen Lehre der Schriftsteller ein Besitzer

nicht ad agendum provocirt werden kann. Indessen sind für diesen Besitz, für welchen der zuletzt gegen einen Einzelnen aus der Mitte der Tuchmacher ausgewirkte Strafbefehl Nichts entscheiden kann, da dessen Rechtmäßigkeit von den Tuchmachern sofort bestritten ist, überall keine speciellen Besitzhandlungen angeführt; auch hat die Gewandschneider-Compagnie diesen Besitz mehr nur zur Begründung eines Titels ihres Rechts, als zum Beweise ihrer Befreiung von der Verbindlichkeit, zu klagen, angeführt.

Die Hauptsache ist indessen, daß die Behauptung von der Unstatthaftigkeit einer Provocation gegen den Besitzer nur darauf beruht, daß der Besitzer einer Sache gar keine Klage hat, nach der Regel: „possidenti nulla prodita est actio" (§ 2. J. de action.), wenigstens eine unbillige Zumuthung darin liegen würde, daß derjenige, welcher Alles hat, was er verlangt, noch mit Klagen gegen Andere belästigt werden soll, diese Betrachtungen aber nach dem, was oben über die der Natur des vorliegenden Verhältnisses angemessene Vertheilung der Parteirollen bemerkt worden, gegen die Provocaten zum Besten der Tuchmacher entscheiden.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß, wenn auch für jetzt auf den von den Provocaten behaupteten Besitz keine Rücksicht hat genommen werden können, denselben künftig unbenommen bleiben muß, falls sie sich damit durchzukommen getrauen, auch possessorische Klagrechte gegen das Amt geltend zu machen. Es war also kein Grund, den Provocaten den Beweis des Besitzes, dessen sie auf keinen Fall zu entheben gewesen wären, als Fundament einer Befreiung von der gegen sie erhobenen Provocation nachzulassen.

Die Kosten aller drei Instanzen sind, der in der Hauptsache erfolgten confirmatoria ungeachtet, wegen der Zweifelhaftigkeit der hier in Betracht kommenden Rechtssätze und wegen der vielen für die Provocaten sprechenden Autoritäten zu compensiren gewesen.

XXXIX. (54.)

Goldschmiede-Amt contra J. H. L. Strickrodt.

Dem Urtheil vom 9. Mai 1826 in Sachen
der Aeltesten des Goldschmiede-Amts, Kläger,
Appellanten,

contra

J. H. L. Strickrodt, Bekl., Appellaten,
wegen Eingriffs in Gewerbsbefugnisse,

finden sich unter andern folgende Entscheidungsgründe beigefügt:

I. Der Zunftzwang, soweit er hier in Betracht kommt, besteht nur in dem Rechte, denen, welche nicht zur Zunft gehören, diejenigen Arbeiten zu verbieten, welche das Gewerbe der Zunft ausmachen,

Fricke, Recht der Handw. § 76.
Ortloff, Recht der Handw. § 97.

und so wenig hieraus, als aus einer Handelsberechtigung der Zünfte, dem sogenannten Handwerkskram (Handel mit eigenen verfertigten Arbeiten), folgt die Befugniß, Andern (Handlungsberechtigten) den Handel mit ihren Erzeugnissen zu verbieten, vielmehr ist diese exclusive Befugniß, als eine Ausnahme von der Regel, strenge zu erweisen, was den Appellanten (Klägern) bisher nicht gelungen und ihnen daher mit Recht auferlegt ist.

II. Dagegen ist nach dem Senatsdecret vom 22. März 1699 das Stechen von Namen oder Wappen auf Gold und Silber für ein in der Goldschmiede-Profession laufendes Werk erklärt und daher für ein ausschließliches Recht der Zunftmitglieder zu halten, wenn nicht Beklagter ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht erweisen sollte.

XL. (55.)

Kelling contra J. Behrens.

Der Beklagte Kelling hatte durch mündlichen Contract das Gehöft Marly und mehrere angrenzende Grundstücke von dem Kläger J. Behrens gepachtet und die bedungene Pacht in einer Reihe von Jahren bezahlt, war später aber mit einer namhaften Summe in Rückstand gerathen. Auf die Klage des Verpächters, welcher der Beklagte hauptsächlich die Einrede entgegenstellte, daß ihm statt der versprochenen 483 Scheffel nur 367 Scheffel Land bei Marly geliefert und der Contract also von Seiten des Verpächters nicht erfüllt worden, erkannte das Landgericht am 18. Juni 1824:

„daß Beklagter schuldig, die für die übrigen Ländereien rückständigen dreijährigen Pachtgelder mit 1056 ℔ und den Verzugszinsen vom jedesmaligen Verfalltage an innerhalb drei Wochen zu entrichten, im Uebrigen aber rechtlich zu erweisen: daß Kläger ihm bei Abschluß des Pachtcontracts über das Gehöft Marly außer der Koppel auf dem Burgfelde an zu jenem Gehöft gehörigen Ländereien 483 Scheffel zu liefern versprochen, daß er dagegen nur 367 Scheffel, mithin 116 Scheffel oder wie viel sonst zu wenig erhalten und wie hoch sich der dadurch für ihn erwachsende Schaden belaufe; ingleichen, daß er für Rechnung des Klägers annoch 75 ℔ Einquartierungsgelder bezahlt habe."

Das Obergericht bestätigte am 18. Nov. 1824 dies Erkenntniß, und auch das O.-A.-Gericht erkannte unter'm 12. Sept. 1825 für Recht: daß der obige Spruch, in der Hauptsache,

lediglich zu bestätigen und nur in Betreff der Verzugszinsen dem Beklagten und Appellanten (jedoch ohne Suspensiveffect für die Capitalzahlung) der Beweis vorzubehalten:

„daß nach dem beständigen hiesigen Gerichtsgebrauch Verzugszinsen auch in den Fällen, wo ein bestimmter Zahlungstag unter den Parteien festgesetzt ist, immer nur vom Tage der erhobenen Klage zuerkannt werden."

Entscheidungsgründe:

— — — — — — — — — — —

Beklagter sucht die Sache so darzustellen, als wenn das eigentliche Pachtobject nicht das Gehöft Marly (mit Ausnahme der vom Kläger reservirten Ländereien), sondern im Allgemeinen 483 Scheffel von der Marlyer Länderei gewesen, mithin, als wenn der von ihm eingeräumte Contract ein ganz anderer sei, als der, aus welchem geklagt worden, weshalb denn den Kläger die Last des Beweises hinsichtlich des Grundes der Klage treffen müsse.

Dagegen ist aber Folgendes in Betracht zu ziehen:

Nach dem eigenen Anführen des Beklagten in der Exceptionsschrift hat ihm Kläger die Pachtung der Ländereien zu Marly angetragen und auf Befragen die zu verpachtenden Ländereien zu 483 Scheffel angegeben. Beklagter will hierauf den ungefähren Umfang in Augenschein genommen und auf seine Vorstellung, daß nicht soviel Land vorhanden zu sein scheine, vom Kläger Papiere mit Angabe der □Ruthenzahl jeder Koppel vorgelegt erhalten haben, wornach, der Berechnung des Klägers zufolge, die Ländereien noch etwas mehr als 483 Scheffel enthalten sollten; worauf dann über diese zu Marly gehörenden 483 Scheffel Landes sammt Wohnhaus und Wirthschaftsgebäude nebst Zubehör und überhaupt über dasjenige, was vorher die Pächter Möller und Marquard in Pacht gehabt, ein Pachtcontract zu Stande gekommen sein soll.

Die Pachtgelder sind in Einer runden Summe und nicht nach Scheffeln festgesetzt worden, auch ist keine Zumessung

geschehen. Beklagter hat die Pachtgelder 6 Jahre hindurch bezahlt und will erst durch die im Jahre 1819 oder 1820 geschehene Vermessung die Minderzahl in Erfahrung gebracht haben.

In allen diesen Thatsachen liegt nun ein Anerkenntniß der Eingehung des Pachtcontracts über die Marlyer Ländereien oder das Gehöft Marly, mit Ausnahme einiger von dem Kläger für sich behaltenen Stücke, nicht aber die Eingehung eines Pachtcontracts über 483 Scheffel im Allgemeinen, und es kann demnach von einer Verschiedenheit des wesentlichen Objectes (dissensus in corpore) des eingeklagten von dem eingeräumten Pachtcontracte, und folglich auch von einem aus diesem Grunde dem Kläger obliegenden Beweise des Klagfundaments nicht die Rede sein.

Nur darüber bleibt eine Ungewißheit übrig: ob bei Eingehung des Contracts dem Beklagten vom Kläger die Zusicherung ertheilt worden, daß die Marlyer Ländereien 483 Scheffel enthielten und ob und wie viel weniger Beklagter wirklich bekommen? oder ob der Contract simpliciter ohne dies Versprechen abgeschlossen worden sei?

Nach den verschiedenen Theorien der Rechtsgelehrten über die exceptio contractus non impleti und über das qualificirte Geständniß

Weber, Verhandl. zur Beweisf. № VI. p. 267 ff. 390 f. 329.

Gönner, Handbuch des Proc. II. Abh. 34. §. b. und Abhandl. 47.

Heerwart, Abh. über d. except. non ad. contr. im Arch. für civ. Pr. VII, 3. № 18.

würde es, wenn die Pacht erst angetreten werden sollte, allerdings zweifelhaft sein, ob nicht den Klägen die Beweislast treffen müsse. Allein, nachdem Beklagter einmal die Pacht ohne Vorbehalt angetreten, die Ländereien 6 Jahre lang benutzt und das volle bedungene Pachtgeld dafür die ganzen 6 Jahre lang entrichtet hat, hat er hiedurch ipso facto anerkannt, daß der Kläger seinerseits den Contract

erfüllt habe, und muß daher, wenn er jetzt diese richtige Erfüllung bestreitet, seinerseits den Beweis der Nichterfüllung von Seiten des Klägers, d. h. den Beweis des behaupteten Versprechens der größern Scheffelzahl und der angeblich vorhandenen Minderzahl der Pachtung übernehmen; mithin konnte die Beweislast unter den vorliegenden Umständen wenigstens nicht anders vertheilt werden, als von den vorigen Richtern geschehen ist, und erscheint solchergestalt die erste Beschwerde des Beklagten unbegründet.

Was die zweite Beschwerde: (a, daß die Gegenforderung des Beklagten von 75 ℔ für Einquartierung nicht von der rückständigen Pachtsumme in Abzug gebracht, und b, daß die Verzugszinsen nicht vom Tage der Klage berechnet worden) betrifft, so steht es

a) zwar sonst in der Wahl des Schuldners, auf welche Forderung er compensiren will (**Mevius decis. I, dec. 116.**), jedoch nicht dann, wenn die Forderung liquid, die Gegenforderung aber illiquid ist. Freilich hängt die Anwendung der bekannten Rechtsregel: **Liquidi cum illiquido nulla est compensatio** — in den einzelnen Fällen sehr von dem vernünftigen richterlichen Ermessen ab. Hier waren aber die triftigsten Gründe vorhanden, sie zur Anwendung zu bringen, — da der Pachtrückstand für die fraglichen Koppeln völlig liquid, die Einquartierungsforderung gar nicht erwiesen und überdies mit der Pachtforderung für das Gehöft Marly connex ist, folglich noch im Laufe der ferneren Verhandlungen über diese Pachtforderung geltend gemacht werden kann.

b) Die Beschwerde wegen der Verzugszinsen ist, wenn man auf das jetzt gültige gemeine Recht sieht, ungegründet: denn der Satz, daß so oft unter den Parteien ein bestimmter Zahlungstag verabredet worden, die Wirkungen des Verzugs sofort, ohne Ausnahme, mit jenem Tage zu laufen beginnen, ist in der allgemeinen deutschen Praxis entschieden angenommen und befolgt, und obgleich über dessen Begründung durch das Röm. Recht neuerlich gestritten worden,

ſo darf doch von einer ſolchen anerkannten Regel um deswillen, weil ſie von Einzelnen aus theoretiſchen Gründen angefochten worden, nicht abgegangen werden, zumal, wenn andere Rechtslehrer ſelbige fortwährend vertheidigen, wie dies hier wirklich der Fall iſt.

Thibaut im Archiv f. civ. Pr. VI, № 2.

Was dagegen das zu Lübeck geltende Recht anlangt, ſo hat die Behauptung des Beklagten, daß nach conſtantem hieſigen Gerichtsgebrauch Verzugszinſen immer nur vom Tage der Klage zuerkannt würden, und ſolches ſelbſt dann, wenn ein beſtimmter Zahlungstag feſtgeſetzt iſt, inſoweit Berückſichtigung verdient, daß dem Beklagten dies zu erweiſen nachgelaſſen werden mußte.

Dagegen kann auch das Anführen des Klägers nicht in Betracht kommen, daß dieſer Gerichtsgebrauch, wenn er erwieſen werden ſollte, als gegen klare Geſetze angehend, nicht zu befolgen ſein werde: denn es fehlt an ſolchen Geſetzen, worin der gedachte Satz klar und deutlich ausgeſprochen wäre, und iſt derſelbe, wie bereits bemerkt worden, nicht unbeſtritten.

Auch hat der Beklagte für den Fall, daß er jenen Beweis nicht führen ſollte, in die Koſten verurtheilt werden müſſen, weil es ſich dann ergiebt, daß das mit dem hieſigen Gerichtsgebrauch näher bekannte Obergericht vollkommen Recht gehabt hat, auf das Vorgeben von dem Beſtehen eines ſolchen Gerichtsgebrauchs keine Rückſicht zu nehmen.

XLI. (57.)

Knauer & Prieſs c. Drümmer.

In Sachen Knauer & Prieſs c. Drümmer,
eine Forderung von 1000 ℔ für Proviſion betr.,
ward die an's O.-A.-Gericht ergriffene Appellation wider das Erkenntniß des Obergerichts vom 5. Jan. 1826 mittelſt Urtheils vom 28. März 1826, unter Verurtheilung des

Appellanten in die Kosten, als anhero nicht erwachsen verworfen, und in den Entscheidungsgründen auf die klare Vorschrift des Nachtrags zu der V. über das Gerichtswesen vom 4. Mai 1814 § 14. 16, nach welchem die Berufung an das O.-A.-Gericht nur in solchen Sachen gestattet sein soll, welche über 1000 ℔ Capital oder über 50 ℔ jährliche Einkünfte betragen, sowie auf den § 34 der gedachten V. und auf analoge Bestimmungen der Appellationsprivilegien von Maximilian I., Carl V. und Rudolph II. hingewiesen und zugleich dargelegt, daß den Appellanten der von ihnen versuchte Beweis einer entgegengesetzten Usualinterpretation nicht gelungen sei.

In denselben Entscheidungsgründen ist dabei als unzweifelhaft der (auch zwischen den Parteien unbestrittene) Grundsatz anerkannt, daß Zinsen und Kosten bei Berechnung der Appellationssumme (d. h. der die Appellabilität regulirenden Summe) nicht mit in Anschlag zu bringen sind.

XLII. (58.)

Kuhlmann's Erben c. Güterpfleger von C. Bille's Debitmasse in Stockholm.

In Sachen Kuhlmann's Erben, Bekl.,

contra

Güterpfleger von C. Bille's Debitmasse in Stockholm, Kl.,

Forderung von 25,300 ℔ nebst Zinsen betr.,

erkannte das O.-A.-Gericht unter'm 4. Jan. 1826, daß zwar im Uebrigen die sent. a qua des Obergerichts vom 19. Mai 1825 zu bestätigen, Kläger jedoch schuldig sei, für die Kosten eine Caution zur Summe von 50 ℔ zu bestellen.

Entscheidungsgründe.

Auf die Appellation der Beklagten war über die drei Puncte zu erkennen:

1) ob die Legitimation des Carl Bille, als Vertreters der Masse von Heinrich Bille zu Stockholm, für genügend zu halten sei;

2) ob derselbe, da er als Kläger aufgetreten, Caution für die Kosten, und

3) ob er auch für die Widerklage Sicherheit zu bestellen habe?

Ad 1. In Betreff der Legitimation mußten die vorigen Urtheile, welche dieselbe für genügend anerkannt haben, bestätigt werden, denn das Rathhausgericht in Stockholm, welches unbestritten das competente Concursgericht ist, hat in einer der Klage angefügten, öffentlichen Urkunde ausdrücklich erklärt, daß der Buchhalter Carl Bille, als Mandatar der Gläubiger des Factors Heinrich Bille, sowohl vor Gericht, als bei andern Vorfällen ihre Ansprüche auf das Beste auszuführen und wahrzunehmen habe. Eine solche Urkunde hat aber vollen Glauben, und das darin enthaltene Zeugniß des Concursgerichts, daß die in derselben genannte Person befugt sei, die Masse zu vertreten, muß, so lange nicht das Gegentheil nachgewiesen ist, jeden Zweifel beseitigen.

Die Beklagten haben nun auch gegen diese Legitimation Nichts weiter erinnert, als daß jene Urkunde sich auf das in der Versammlung der Bille'schen Gläubiger gehaltene Protocoll vom 13. Juli 1823 beziehe, worin eigentlich der Auftrag der Gläubiger an Carl Bille ertheilt sei, und daß es zur Vollständigkeit der Legitimation annoch der Beibringung dieses Protocolls bedürfe, theils, weil ein referens sine relato keine Wirkung habe, theils weil erst aus diesem Protocolle zu ersehen sein werde, ob der Auftrag auch völlig unbeschränkt, oder mit welchen Beschränkungen derselbe ertheilt sei.

Allein hierin konnte ihnen nicht beigepflichtet werden. Denn, soviel den Satz anbetrifft, daß referens sine relato nicht beweise, so liegt derselbe, richtig verstanden, allerdings schon in der Natur der Sache. Man ist deswegen der Beibringung einer Urkunde, worauf es ankommt, noch nicht überhoben, weil ihrer in einer andern, wirklich vorgelegten Urkunde

gedacht wird. Ganz anders verhält es sich aber, wenn, wie im gegenwärtigen Falle, die vorgelegte Urkunde für sich allein schon dasjenige, zu dessen Beweise sie producirt wird, vollkommen darthut und durch die darin enthaltene Erwähnung der andern Urkunde keine Ungewißheit über den eigentlichen Beweispunct entsteht; ferner, wenn, was hier ebenfalls zutrifft, die vorgelegte Urkunde, welche ihrer Form nach vollen Glauben hat, den Inhalt desjenigen Documentes, worauf Bezug genommen ist, soweit es zur Sache gehört, vollkommen enthält. In beiden Fällen bedarf es der Beibringung des relati nicht.

Zwar haben die Beklagten sich auf Nov. 119. c. 3 berufen, worauf (sowie auf Auth. si quis in aliquo C. de edendo (2, 1.) jener allgemeine Satz gewöhnlich gestützt zu werden pflegt. Aber diese Stelle hat keineswegs die Regel: „referens sine relato non probat" in völliger Allgemeinheit aufgestellt, sondern sie verordnet bloß, daß die beiläufige oder historische Erwähnung eines Schuldocumentes in einer Urkunde, die einen andern Zweck hat, noch nicht genüge, jene Schuld ohne Weiteres einzufordern, welches auch sonst schon, wie die Novelle selbst andeutet, im Röm. Recht vorgeschrieben ist;

l. 31. D. de probatt. (22, 3.)

und es ist durch diese Vorschrift keineswegs festgesetzt, daß auch dann das relatum beigebracht werden müsse, wenn, wie hier der Fall ist, nicht die beiläufig erwähnte (relatum), sondern die producirte Urkunde (referens) grade zum Behuf des zu führenden Beweises errichtet worden ist und denselben vollständig und glaubwürdig enthält.

arg. l. 13. C. de non num. pec. (4, 30.)
Leyser, spec. 264. med. 1, 2, 6.
Müller ad Leyserum obs. 463.
Richter, P. 1. Dec. 26. № 26.
Brockes, obs. 191.
Thibaut, Pand. (6. Aufl.) § 1178.

Der andere Grund, weshalb die Beklagten zur Vollständigkeit der Legitimation des Klägers annoch die Beibringung des in der Versammlung der Gläubiger abgehaltenen Protocolls

verlangen, nemlich, um daraus zu ersehen, ob und unter welchen Beschränkungen dem Carl Bille der Auftrag zur Vertretung der Gläubiger ertheilt sei, ist ebenfalls von keinem Gewichte. Denn, wäre wirklich von den Gläubigern irgend eine bei der Rechtsverfolgung durch den Mandatar in Betracht kommende Beschränkung hinzugefügt und vom Concursgerichte gebilligt worden, so hätte solche in dem Attestate dieses Gerichtes angegeben werden müssen. Da nun aber hierin gar keiner Beschränkung gedacht ist, so läßt sich auch in dem Vertrauen, welches man gerichtlichen Urkunden schuldig ist, mit Sicherheit annehmen, daß der Auftrag ohne alle solche Beschränkung ertheilt sei. Auch kann dagegen gar nicht in Betracht kommen, daß früher mehrere Curatoren der H. Bille'schen Masse bestellt worden sind, oder daß die Beklagten in einem Briefe gewarnt sein wollen, sich mit Carl Bille allein nicht einzulassen. Denn die Vollmacht, wodurch letzterer den Auftrag erhielt, die Gläubiger allein zu vertreten, ist, wie das Stadtgericht bezeugt, das Ergebniß einer neuern Beschlußnahme der Gläubiger, und das gedachte Schreiben, wenn es auch anerkannt und seinem Inhalte nach erheblicher wäre, als es wirklich ist, kann doch den Glauben an eine öffentliche Urkunde nicht wankend machen.

Ad 2. Die Caution wegen der Proceßkosten hat der Kläger aus dem Grunde nicht bestellen wollen, weil er durch die von den Beklagten erwirkte Edictalladung zur Anstellung seiner Klage genöthigt worden sei; und es ist nicht zu läugnen, daß diese Behauptung vielen Schein und erhebliche Autoritäten für sich hat.

Barth, hodeg. forens. Cap. 1. § 15. not. b.
Ludovici, Einl. zum Concursproceß, cap. 5. § 3.
Claproth, summar. Proceß § 277.
Danz, summar. Proceß. § 143. (§ 184.)
Glück's Comment. III. § 245.
Haase, über Edictallad. S. 191.

Allein es lassen sich diesen Autoritäten sehr bedeutende entgegenstellen, wornach der durch Proclamata aufgeforderte,

wie jeder andere Kläger, der entweder gar nicht oder doch nur im Auslande ansäßig ist, dem Beklagten für die Proceßkosten zu caviren hat.

Hartmann, Pistoris quaest. jur. l. 4. qu. 15. № 6.
Carpzov, jurispr. for. P. 1. const. 5. def. 28.
Mevii decis. P. 1. dec. 234.
Brunnemann, Proc. Cap. 8. № 3.
Lauterbach, diss. acad. Vol. 2. № 84. § 73.
Berger, Electa proc. provoc. § 25.
Süplitz summar. Proceß. § 12. not. 4.
Martin's Proc. § 245. not. e.

Es muß demnach dieser Punct ohne Rücksicht auf Autoritäten nach genauer Beurtheilung der einschlagenden Rechtsbegriffe entschieden werden, zumal da sich in Betreff desselben zu Lübeck kein constanter Gerichtsgebrauch gebildet hat, denn jede Partei hat ihre Meinung durch ein praejudicium unterstützt, wobei es von keinem Belang ist, daß der Vorgang, worauf die Beklagten sich berufen, nur in erster Instanz, der vom Kläger angeführte aber in zweien Instanzen entschieden wurde. Vom Oberappellationsgerichte ist dagegen die Streitfrage noch nicht entschieden, denn in Sachen Rosenberg c. Platzmann (cf. oben № X. (14)) hatte nur der Kläger, welcher von der Sicherstellung freigesprochen war, an dies höchste Gericht wegen anderer Puncte appellirt, und der Beklagte hatte wegen jenes Punctes auch nicht einmal adhärirt. Es ist daher sehr zu mißbilligen, daß der Sachführer des jetzigen Klägers in voriger Instanz sich auf jene Sache in der Art berufen hat, als sei darin seiner Behauptung in dieser höchsten Instanz Beifall gegeben worden, und daß er dies sogar durch Beilegung des Urtheils scheinbar zu machen gesucht hat.

Die Regel steht unstreitig fest, daß der auswärtige Kläger auf Verlangen Caution wegen der Proceßkosten zu bestellen hat. Leidet nun auch diese Regel in einzelnen Fällen ihre Ausnahme, so kann man doch solche in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften nur dann gestatten, wenn die Natur der Sache oder ein gänzliches Wegfallen der Absicht oder des

Zwecks der Regel dazu besondere Veranlassung giebt. Geht man von diesem Gesichtspuncte aus, so läßt es sich nicht zu den Ausnahmen zählen, wenn die Klage in Folge einer Provocation, namentlich in Folge von Edictalen erhoben wird; denn die Regel hat offenbar ihren Grund darin, daß der Beklagte auf den Fall, daß er künftig vollkommen obsiegte, nicht der Gefahr ausgesetzt sein soll, den Ersatz der ihm zuerkannten Proceßkosten zu entbehren. Dieser Gefahr ist er aber nicht weniger ausgesetzt, wenn in Folge erlassener Edictalen geklagt wird, als bei jeder freiwilligen Klage. Der Unterschied dieser beiden Fälle besteht im Wesentlichen nur darin, daß der Kläger, welcher provocirt wird, in Rücksicht der Zeit, worin er seine Klage anzustellen hat, mehr beschränkt ist, indem er sonst den ganzen Lauf der Verjährungszeit benutzen könnte. Zwar scheint es, daß der Provocant mit sich in Widerspruch geräth, wenn er selbst zum Klagen auffordert und doch den Fortgang der Sache durch dilatorische Einreden erschwert oder gar in Folge derselben die Absolution von der Instanz als die regelmäßige Wirkung derselben verlangt. Allein es ist für keine wirkliche Erschwerung zu halten, wenn man von demjenigen, den man zu klagen provocirt hat, nun dasjenige fordert, was jeder Kläger zu leisten schuldig ist. Und, wenn auch dilatorische Einreden in andern Fällen nur eine absolutio ab instantia bewirken, so muß doch demjenigen, der eine Edictalladung oder Provocation sub praejudicio perpetui silentii ausgebracht hat, nach erfolgter Zulassung dilatorischer Einreden, statt auf absolutoria ab instantia, darauf anzutragen erlaubt sein, daß dem Kläger zur Abhelfung derselben ein neuer Termin und zwar bei Verlust des ganzen Klagerechts gesetzt werde.

Da man nun auch den Beklagten darin beipflichten muß, daß der künftige Ausgang des Processes jetzt noch nicht zu beurtheilen sei, mithin auf die vorliegende Frage keinen Einfluß haben könne, so mußte im Allgemeinen dem Antrage der Beklagten auf Sicherstellung wegen der Kosten nachgegeben werden. Man konnte aber so wenig bei der sonst üblichen Be-

ſtimmung der Cautionsſumme auf 10 ℳ ſtehen bleiben, als dem Verlangen der Beklagten nachgeben, daß die Cautionsſumme auf 100 ℳ geſetzt werden möge.

Denn obgleich es hinreichen mag, in gewöhnlichen Fällen den Beklagten zur hauptſächlichen Einlaſſung zu nöthigen, falls der Kläger auf die Cautionsforderung wegen der Koſten ſofort 10 ℳ deponirt oder verbürgt, ſo iſt dadurch doch das richterliche arbitrium in Hinſicht der Cautionsſumme nicht ausgeſchloſſen, zumal wenn eine förmliche Verhandlung über dieſen Punct ſtattgefunden hat. Nun würde es aber mit dem Zweck der Cautionsleiſtung ſtreiten, wenn man die Summe ſo niedrig anſetzen wollte, daß ſie dem Beklagten faſt gar keine Sicherheit gewährte, welches hier bei der Beſtimmung einer Summe von 10 ℳ offenbar der Fall ſein würde, da der Gegenſtand des Streits nach der eigenen Angabe des Klägers weit über 50,000 ℳ beträgt und die Größe des Streitobjectes, namentlich auch wegen der arrha der Procuratoren, nicht ohne Einfluß auf den Koſtenbelauf iſt. Dagegen konnte die jetzt zu beſtellende Caution nicht füglich höher, als auf die, wenigſtens für's Erſte, genügende Summe von 50 ℳ geſetzt werden, um nicht dem Kläger die Rechtsverfolgung unnöthig zu erſchweren, zumal da die Feſtſetzung hoher Cautionsſummen in hieſigen Gerichten durchaus nicht üblich iſt. Ob aber künftig einmal bei längerer Dauer des Proceſſes eine Erhöhung der Caution ſtattfindet, muß lediglich künftiger Entſcheidung anheimgeſtellt werden.

Ad 3. Auch die Caution für die Widerklage, welche die Beklagten fordern, konnte aus dem Grunde, weil die Edictalladung Anlaß gegeben hat, daß die Klage gerade jetzt angebracht iſt, nicht verworfen werden. Es treten hier dieſelben Gründe ein, welche ſchon bei dem vorigen Puncte entwickelt ſind. Dadurch, daß der Kläger genöthigt worden, früher zu klagen, als er es ſonſt vielleicht gethan haben möchte, iſt in den Rechten der Parteien übrigens Nichts geändert, alſo auch den Beklagten das Recht nicht benommen, wegen der Widerklage ebenfalls und zwar in derſelben Art Sicherſtellung

zu fordern, als wenn die Klage unaufgefordert angebracht worden wäre.

Gleichwohl war dem Verlangen der Beklagten, daß ihnen eine besondere Caution für die Widerklage und zwar auf den vollen Belauf des zu 5170 ℔ angegebenen Ueberschusses ihrer Gegenforderung bestellt werde, nicht Statt zu geben.

Nimmt man nemlich nach der gewöhnlichen Unterscheidung zwischen cautio de judicio sisti und cautio judicatum solvi an, daß pro reconventione bloß de judicio sisti zu caviren sei, so bedarf es offenbar in gegenwärtigem Falle gar keiner Sicherheitsbestellung für die Widerklage, da der Kläger eingewilligt hat, daß Vor- und Widerklage gleichzeitig verhandelt werden sollen. Alles beruht demnach darauf, ob

1) die cautio pro reconventione als cautio judicatum solvi anzusehen sei? und

2) wenn dies auch nicht ganz allgemein mit Bestimmtheit auf die eine oder andere Weise beantwortet werden könnte, ob die vorliegende Sache sich dazu eignet, eine cautio judicatum solvi pro reconventione zu fordern?

Jene allgemeine, bekanntlich sehr streitige Frage findet sich nun in den zu Lübeck geltenden besondern und subsidiärischen Rechten keineswegs bestimmt entschieden, auch hat sich darüber kein unzweifelhafter Gerichtsgebrauch gebildet, indem bald so und bald anders verfahren und erkannt worden ist.

Mevius ad J. L. V. Tit. 3. art. 3. № 19 ff.

Wisaudi Opusc. Lips. 1782. Sp. 7. № 4. pag. 88 ff.

Sieht man aber auf die Natur der Sache und auf die geschichtliche Bildung der vorliegenden Rechtsfrage, so muß man sich eher dahin neigen, anzunehmen, daß in der Regel nur cautio de judicio sisti zu bestellen sei. Denn der Kläger ist in Betreff der Widerklage ein wahrer Beklagter, von dem man nicht verlangen kann, daß er schon im Anfang des Processes dem Kläger, dessen Recht noch völlig zweifelhaft ist, das Object der Execution für den Fall eines künftigen Sieges anweise und sichere. Auch ist für die cautio pro reconventione überhaupt kein anderer Grund aufzufinden, als daß so

viele ältere deutsche Landrechte und Statute, wie noch heute das Lübsche Recht, den Kläger von der Verbindlichkeit, auf die Widerklage zu antworten, so lange freisprachen, bis er wegen der Vorklage von dem Beklagten geschieden sein würde. Diese Lage des Widerklägers führte von selbst darauf, daß ihm eine Sicherheit für die künftige Rechtsverfolgung geleistet werden müsse.

Schilter, de reconv. § 51 in dessen Exerc. ad Pand. XIII. VII. § 15. XLVII. § 45.

Stryck, Us. mod. Pand. L. II. t. 8. § 7.

Die ersten Spuren der cautio pro reconventione in den Gesetzen finden sich jedoch erst im 16. Jahrhundert, und zwar ohne daß daraus zu ersehen ist, worauf eigentlich die Sicherheitsbestellung gerichtet sein solle; denn sie wurde durch Bürgen unter der allgemeinen Formel: „für die Widerklage" bestellt.

Hamb. Ger.-Ordn. v. 1570, in Andersons Hamb. Privatrecht III. 2. S. 16, 17.

Sächsische Constit. v. 1582, P. I. const. 5.

vergl. auch Brem. Ger.-O. v. 1571, Thl. 2. Tit. 15.

Es ist aber nach der Entstehungsart dieser Caution anzunehmen, daß sie nur die Vortheile des gleichzeitigen Processes gewähren, also den Beklagten sichern sollte, daß der Kläger sich nach geendigter Vorklage nicht der Pflicht entziehe, wegen der Widerklage Rede zu stehen, und allenfalls, daß derselbe nicht mit dem Gewinn der Vorklage vor beendigter Widerklage davon gehe. Darauf, daß der Kläger auch für dasjenige, was vielleicht über den Belauf der Vorklage hinaus in reconventione von ihm gefordert werden möchte, Sicherheit bestellen müsse, kann man auf diesem Wege nicht kommen, vielmehr dürfte einem solchen Verlangen die Regel entgegenstehen, daß der Beklagte dem Kläger für das Streitobject keine Sicherheit zu leisten habe.

Zwar reden die ältern Codicen des Lübischen Rechts anscheinend von einer weiter gehenden Sicherheitsleistung verbis:

„We enen borget, vor Gerichte tho bringende, efte by finem Rechte efte Ordel tho blivende."

Cod. ap. Brockes II, 206. III, 201,

Kolle, Rechtsbuch a. 98.

allein in das revidirte Lüb. Recht sind die hier in Betracht kommenden Worte nicht mit aufgenommen.

lib. III. tit. 5. a. 3.

Und wenn auch die neuere Praxis in manchen Fällen auf eine cautio judicatum solvi erkannt hat, so wird man sich doch immer so viel möglich den vorhin aufgestellten allgemeinen Grundsätzen zu nähern haben und daher bei der cautio de restituendo stehen bleiben müssen, so lange nicht überwiegende Gründe zu einer weitern Sicherheitsbestellung Anlaß geben. Diese können nun freilich bei eintretender Ungewißheit, ob das Urtheil in der Reconvention auch künftig über den Gegenstand der Vorklage hinaus zur Execution kommen werde, in der Wahrscheinlichkeit liegen, daß der Beklagte mehr, als in der Vorklage von ihm gefordert ist, mittelst der Widerklage in Anspruch zu nehmen habe. Dann muß aber die zur Widerklage bestimmte Forderung vom Beklagten auch wirklich wahrscheinlich gemacht sein. Nun ist es freilich im revidirten Lübschen Rechte dem Beklagten, der eine Widerklage anstellen will, nur zur Pflicht gemacht, „nahmhaftig zu machen, warum er den Kläger zu reconveniren."

lib. V. tit. 3. a. 3.

Allein es ist in diesem Rechte auch nirgends von einer cautio pro reconventione die Rede und am wenigsten davon, daß solche als cautio judicatum solvi geleistet werden solle.

In vorliegendem Falle haben aber die Beklagten, um ihre Gegenforderung wahrscheinlich zu machen, auch nicht das Geringste beigebracht, sondern sie beruht einzig und allein auf ihrer bloßen Angabe, mithin hat dem Kläger die cautio pro reconventione über das Object der Vorklage hinaus nicht zugemuthet werden können; der cautio de restituendo bedurfte es aber nicht, da der Kläger sich zur gleichzeitigen Verhandlung der Vor- und Widerklage erboten hat.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß für den Fall, wenn ungeachtet der gleichzeitigen Verhandlung der Vor- und Widerklage die erstere früher beendigt und gegen die Beklagten entschieden werden sollte, denselben, alsdann wegen solcher cautio de eventualiter restituendo Anträge zu machen, noch keineswegs aberkannt ist.

XLIII. (59.)

Ohrt Wittwe contra Schütt.

Aus den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 25. März 1826 in Sachen

Ohrt Wittwe, Bekl., c. H. H. Schütt, Kl.,

Ansprüche aus Holzankäufen v. 1811 u. 1812 betr.,

wodurch das Erkenntniß des Obergerichts bestätigt worden, verdient folgender, die Tempestivität des Eidesantrags betreffender Passus Mittheilung.

„Die Beklagte hält sich dadurch beschwert, daß ihr auferlegt worden, sich auf einen vom Kläger innerhalb des Beweistermins bloß reservirten Eidesantrag einzulassen. Nun ist freilich die Eidesdelation, auch wenn sie nur eventuell zur Hand genommen wird, gleich andern Beweismitteln an den Beweistermin für gebunden zu halten, namentlich nach der Lübeckischen Praxis, auch kann man eine bloße Reservation eines Beweismittels dem wirklichen Gebrauch nicht gleichsetzen, am wenigsten unter allen Umständen; allein es kommt hier in Erwägung, daß die Eidesdelation über dieselbe Thatsache mit andern Beweismitteln nicht principaliter verbunden werden und die Häufung immer nur eine eventuelle sein kann für den Fall, daß die übrigen Beweismittel zu keinem Resultate führen sollten; daraus ergiebt sich im Ganzen auch die Aussetzung der Verhandlung über den deferirten Eid bis nach Erledigung der übrigen Beweismittel, indem die gleichzeitige Verhandlung

nicht selten zu überflüssigen Erörterungen hinführen würde, und wenn gleich eine gleichzeitige Verhandlung verschiedener, eventueller Vertheidigungsmittel in einzelnen Beziehungen, namentlich hinsichtlich des gleichzeitigen Vorschützens mehrerer Einreden und deren Verbindung mit der Antwort auf die Klage vorgeschrieben ist, doch die daraus abgeleitete allgemeine Eventualmaxime ein bloß aus einzelnen Anwendungen geschöpfter und in seiner weitern Ausdehnung nur mit großer Vorsicht zu benutzender doctrineller Grundsatz der neuern Processualisten ist.

Demnach war es im Effecte gleich, ob der Kläger den Eid eventuell deferirte oder nur bloß referirte, und würde es unter diesen Umständen auf eine allzustrenge Berücksichtigung des Ausdrucks hinauslaufen, das Eine nicht für eben so genügend als das Andere zu halten. Freilich lag in der allgemeinen Reservation noch keine nähere Beziehung auf einzelne specielle Theile des Beweissatzes, allein nach der Regel: daß das Generelle alle darunter begriffenen Einzelheiten befaßt, war der Eidesantrag über alle Punkte vorbehalten, über welche es wegen Mißlingens der übrigen Beweismittel des Eidesantrags bedürfen möchte.

Eher könnte ein Bedenken daraus entstehen, daß die Eidesreservation nicht in der Deductionsschrift in eine Eidesdelation verwandelt wurde; so lange indessen der Richter über die Unzulänglichkeit der übrigen Beweismittel noch nicht entschieden hatte, war noch nicht der Fall vorhanden, in welchem es auf den Eid nothwendig ankam, und konnte daher auch die Erklärung des Beweisführers, sich des reservirten Eides nunmehr bedienen zu wollen, immer noch verschoben werden, zumal da der Beweisführer voraussetzen konnte, daß der Richter bei dem Vorhandensein der Reservation des Eides das Enderkenntniß nicht abgeben würde, ohne der Partei zu weitern Anträgen über den reservirten Eid Gelegenheit gegeben zu haben."

XLIV. (64.)

Thors u. Knaack c. Bruggisser.

In Sachen J. G. Thors und H. M. Knaack in Lübeck, Beklagten, Appellanten,

contra

A. Bruggisser zu Wohlen in der Schweiz, dann dessen Erben, Kl., Appellaten,

Forderung von 1664 ℔ 8 ß, nun Beweisführung betr.,

waren Bekl. durch Niedergerichtsurtheil vom 12. Juli 1824 schuldig erkannt, die libellirten 1664 ℔ 8 ß cum usuris moræ a die motae litis et c. exp. zu bezahlen, sie könnten und wollten denn die von ihnen behauptete Zahlung, wie Recht, erweisen.

Nach rechtskräftig gewordenem Urtheil traten Beklagte den Beweis ihrer Einrede durch eine Reihe von Quittungen und eingelösten Tratten, sowie durch Zeugen an. Das Niedergericht aber erkannte am 6. Novbr. 1824 den nachgelassenen Beweis für nicht geführt und puricificirte das obige Urtheil vom 12. Juni 1824, worauf dieser Spruch vom Obergericht am 28. Juli 1825 confirmirt ward. Auf eingewandte Appellation reformirte nun das O.-A.-Gericht unter'm 10. Mai 1826 dahin:

„daß, so viel die angeführte Zahlung des Beklagten Thors von resp. 1000 ℔, 200 ℔ und 300 ℔ anbetreffe, der den Beklagten nachgelassene Beweis für nothdürftig geführt zu achten und mithin Bekl. für den Betrag solcher 1500 ℔ von der Klage zu entbinden seien. Anlangend ferner die von dem Mitbeklagten Knaack angeblich geleistete Zahlung von

190 ℔, so sei mit Abhörung der von den Bekl. denominirten beiden Zeugen Dölger, salvis exceptionibus contra personas et dicta testium, Einwendens unbehindert, zu verfahren" ꝛc.

In den Entscheidungsgründen ist davon ausgegangen, daß

I. bei dem Vorhandensein eines Schuldverhältnisses zwischen entfernt von einander wohnenden Trassanten und Trassaten die Absicht Beider im Zweifel dahin gehe, durch Acceptation und Zahlung der Tratten die ohnehin schon bestehende Schuld zu tilgen, ohne daß es noch eines besondern, desfallsigen Beweises bedürfe; so daß also der, welcher behaupte, dem Wechsel liege eine selbstständige Obligation zum Grunde, wovon derselbe keine Andeutung enthalte, den Beweis dieses Umstandes zu übernehmen habe.

II. daß, wenn gleich zum Beweise der Zahlung einer schriftlich eingestandenen Schuld, in Ermangelung einer Quitung, nach l. 18. Cod. de testib. (4, 20.)

fünf unverdächtige Zeugen gehörten und die heutige Gültigkeit dieser Vorschrift von vielen bewährten Rechtslehrern (freilich im Widerspruch mit Andern) nicht bezweifelt werde: als von

Berger, dec. jur. III. tit. 15. th. 2. not. 9.

Menken, comment. ad l. 18 cit. (opusc. № 12.)

Hofacker, princ. jur. civ. § 4483.

Glück, Erl. der Pand. Th. 22. p. 219.

Thibaut, Syst. § 1171.

Wening-Ingenheim, Civilrecht III. § 111.

cf. Martin, Proceß § 123. not. m.

zur Ergänzung des durch eine mangelhafte Quitung geführten unvollständigen Beweises jedoch das Zeugniß zweier Zeugen vollkommen genüge.

XLV. (66.)

Braasch c. Müter.

In Sachen Braasch, Bekl., c. Müter, Kl., in Dummerstorf, die Herstellung eines Fußsteiges betr., war Kläger unter'm 17. März 1826 vom Landgericht mit seiner Klage unter Verurtheilung in die Kosten ab- und zur Ruhe verwiesen worden. Das Obergericht hob am 27. Juli 1826 dies Erkenntniß wieder auf und verurtheilte den Beklagten comp. exp., den libellirten Fußsteig über seinen Wiesenantheil wieder herzustellen, weil 1) ein Verzicht des Klägers aus den Acten nicht erhelle und gegen die Resultate der Verkoppelung, bei welcher das Interesse jedes Einzelnen habe beachtet werden sollen, einzelne Beschwerden zulässig gewesen und auch zugelassen worden; 2) nach dem Protocoll vom 2. Juli 1823 die Sachverständigen zwar der Fußsteige, aber nur über unverkoppelte Ländereien gedacht haben, während der fragliche Fußsteig mit den angränzenden Plätzen in der Richtung ihres nachbarlichen Zusammenhangs bei der Verkoppelung unverändert geblieben, und dem Hauptzweck der Verkoppelung dadurch kein Eintrag geschehen sei.

Das O.-A.-Gericht stellte aber, wenn gleich unter Compensation sämmtlicher Kosten, unter'm 18. April 1827 das landgerichtliche Erkenntniß wieder her.

Entscheidungsgründe:

Der Fußsteig über des Beklagten Wiese, dessen Herstellung der Kläger verlangt, ist durch den Verkoppelungsplan der zur Entwerfung desselben unter obrigkeitlicher Vermittelung von der Dorfschaft Dummerstorf erwählten Achtmänner wirklich aufgehoben worden. Dies ergiebt sich schon aus den von ihnen unterzeichneten, so benannten Verkoppelungs-Resultaten, worin es (S. 2) heißt: „Außer den abgestochenen

Reddern und im Verfolg namentlich aufgeführten Communicationswegen und Fußsteigen werden durchaus keine Nebenwege geduldet." Es ist nemlich nachher des streitigen Fußsteiges bei den einzelnen Hofstellen und namentlich unter den Lasten der Stelle des Beklagten gar nicht gedacht worden. Ueberdies haben auch die Achtmänner in ihrem spätern Gutachten vom 18. Juni 1824 ihre Absicht, jenen Fußsteig aufzuheben, ausdrücklich erklärt und bestätigt.

Nun ist es wohl möglich, daß der Kläger hiedurch Nachtheile erleidet, und daß es billiger und zweckmäßiger gewesen sein möchte, ihm in Rücksicht der Lage seiner Ländereien diesen Fußsteig zu lassen, zumal da es scheint, daß solcher den Beklagten nicht sehr belästigen würde; allein darauf kann bei der rechtlichen Entscheidung der Sache kein Gewicht gelegt werden. Denn

1) nach dem im Termin vom 9. Aug. 1822 aufgenommenen Protocoll haben sämmtliche Dummerstorfer Eingesessenen sich im Voraus verpflichtet, den Verkoppelungsplan, welchen die erwählten und beeidigten Achtmänner entwerfen würden, demnächst als für sich verbindlich anzuerkennen. Bei einer solchen Unterwerfung unter das arbitrium Anderer kann zwar noch eine reductio ad arbitrium boni viri gedacht werden,

l. 30 pr. D. de operis libertorum (38, 1.)

allein dazu wird eine manifesta iniquitas des arbitrii erfordert, l. 79 l. 80. D. pro socio (17, 2.)

eine solche läßt sich aber hier nicht annehmen, da es dem Kläger an einem Wege zu seinen Koppeln nicht fehlt.

Ist dieser Weg auch etwas weiter, als der aufgehobene Fußsteig, so kommt dagegen wieder in Betracht, daß andere Dorfbewohner zu ihren Ländereien zum Theil denselben Weg zu passiren haben und daß es dem Beklagten wichtig sein mußte, nicht durch den Fußsteig in der freisten Benutzung seiner Wiese behindert zu werden; auch hat der Kläger, über dessen Wiese ebenfalls der Fußsteig führte, durch dessen Aufhebung Einiges gewonnen. Freilich zeigte sich das Redder,

durch welches der Kläger nun nach seinen Koppeln gehen soll, bei der von Seiten des Landgerichts stattgefundenen Besichtigung als tief und unwegsam; allein dem ist durch den sofort an die Dorfschaft erlassenen Befehl zur Besserung des Weges insoweit abgeholfen worden, daß es dem Kläger nicht fehlen kann, auch künftig mit richterlicher Hülfe einen gangbaren Weg nach seinen Koppeln zu haben. — Dazu kommt nun, daß von Seiten des Landgerichts, in seiner Eigenschaft als administrativer Behörde, in dem Termin vom 28. April 1825 die Aufhebung des fraglichen Fußsteiges gutgeheißen und dem Beklagten nur der Weg Rechtens offengehalten ist.

Demnach kommt es jetzt lediglich darauf an, ob der Kläger ein vollkommenes Recht habe, die Beibehaltung des Fußsteiges zu verlangen, mit andern Worten, ob die Aufhebung des Fußsteiges eine wirkliche Rechtsverletzung für ihn enthalte? Dies hängt nun zunächst davon ab, ob die den Achtmännern ertheilte Vollmacht zur Entwerfung eines Verkoppelungsplanes denselben auch die Befugniß gegeben habe, bisher bestandene Wege aufzuheben? welches sich im vorliegenden concreten Falle nicht in Abrede stellen läßt.

Es sind nemlich die Befugnisse solcher Achtsleute bei Verkoppelungen sehr verschieden, je nachdem der Hauptzweck dabei mehr oder minder ausgedehnt ist und mehrere oder wenigere Neuerungen beabsichtigt werden. Geht z. B. die Absicht bloß dahin, die bisher stattgefundenen Gemeinweiden unter die einzelnen Berechtigten zu vertheilen, wobei in der Regel Alles, was sich schon im Privateigenthum befindet, unverändert bleibt und allenfalls nur Austauschung einzelner Stücke nach freier Uebereinkunft stattfindet, um das wirklich zu Vertheilende desto besser benutzen zu können, so hat die Befugniß der Achtsmänner ihre, solchem besondern Zweck entsprechenden Grenzen und dürfte sich ihre Befugniß zur Aufhebung von Wegen auf solche beschränken, die über das bisherige Gemeingut gehen.

Anders ist es aber in einem Falle der vorliegenden Art, wo der Hauptzweck offenbar dahin ging, neben der Vertheilung

des bisher gemeinschaftlich Benutzten eine neue, regelmäßige und zweckmäßige Eintheilung der ganzen Feldmark zu veranstalten. Da sollen die gesammten Ländereien, alte und neue, gleichsam auf's Neue ausgetheilt und jedem Einzelnen, soviel möglich, ein zusammenhangendes Ganze zugewiesen werden, wodurch offenbar auch dasjenige, was bisher schon Privateigenthum war, mit in das Verfahren hineingezogen wird, so daß die Macht der Achtsleute sich darauf mit erstrecket.

Daß die Vollmacht der Achtsleute in der Dummerstorfer Verkoppelungssache sich auf eine Verkoppelung der letzten Art erstreckt habe, ergiebt sich schon aus dem denselben ertheilten Auftrage, welcher nach Inhalt des Protocolls vom 9. Aug. 1822 dahin ging: „nach vorheriger Bonitirung sämmtlicher „Ländereien und unter möglichster Berücksichtigung des Interesse eines jeden Einzelnen einen vollständigen Verkoppelungsplan nach landwirthschaftlichen Grundsätzen und Stimmenmehrheit zu entwerfen."

Wäre aber auch hiernach der oberwähnte Umfang des Auftrags der Achtsmänner in dieser Sache noch zweifelhaft, so ergiebt sich solcher doch ganz entschieden daraus, daß sie den Verkoppelungsplan in diesem Umfange gemacht haben und solcher demnächst im Ganzen von der Dorfschaft gutgeheißen ist.

Bei einer Verkoppelung dieser Art steht den Sachverständigen allerdings auch das Recht zu, bisherige Wege und Fußsteige aufzuheben. Denn 1) da sie die Macht haben, Privatländereien neu auszutheilen, so muß ihnen auch die Befugniß gegeben sein, zu bestimmen, unter welchen Modificationen die bisherigen Besitzer ihr Land ferner behalten sollen, ob mit oder ohne Servitut? Konnten sie dem Kläger sein Land nehmen, so konnten sie unfehlbar auch den bisher dazu gehörigen Fußsteig aufheben. 2) Eine solche ganz neue Austheilung der Feldmark macht auch eine neue Regulirung der Nebenwege nöthig und die zweckmäßige Anordnung derselben ist ein wichtiges Stück eines solchen Verkoppelungsplans. Können aber die Achtsleute neue Wege anordnen und die bisherigen verlegen, so muß sich dies Recht auch auf die

die Privatwege der Einzelnen erstrecken, weil auch das Privateigenthum Gegenstand ihrer Operationen ist. Ueberdies war der jetzt streitige Weg nicht einmal reines Privateigenthum des Klägers, sondern, wenn nicht ein Gemeindeweg, doch wenigstens ein gemeinschaftlicher Weg Mehrerer. 3) Eine Hauptrücksicht bei einer solchen Verkoppelung geht dahin, Jedem, soviel thunlich, ein geschlossenes Territorium zu verschaffen, dessen freie Benutzung durch keine fremden Rechte beschränkt ist. Dazu gehört aber unstreitig, daß überflüssige Wegegerechtigkeiten abgeschafft werden. Sind diese auch nicht in gleichem Grade lästig, als Weidegerechtsame, so liegt doch allemal eine Beschränkung der völligen Benutzungsfreiheit darin. Ob aber der aufgehobene Weg überflüssig war oder nicht, das unterliegt keiner rechtlichen Beurtheilung, sondern fällt unter das arbitrium der Sachverständigen.

Es steht auch im vorliegenden Falle der Anwendung dieser Grundsätze nicht entgegen, daß den Achtsmännern die möglichste Beachtung des Interesse jedes Einzelnen empfohlen worden ist, denn es collidirten hier die Interessen des Klägers und des Beklagten. Beide konnten nicht zugleich befriedigt werden, mithin blieb es dem arbitrio der Sachverständigen überlassen, welches Interesse den Vorzug haben sollte.

Endlich ist jetzt gar nicht mehr res integra. Die Verkoppelung ist nun einmal nach dem Grundsatz der freien Dispositions-Befugniß der Achtsleute entworfen und im Ganzen von der Dorfschaft, ja vom Kläger selbst angenommen worden. In solchem Falle mag wohl durch Obmänner oder im administrativen Wege eine Verbesserung und Berichtigung des Plans in einzelnen Puncten stattfinden, aber im Rechtswege kann nicht das Einzelne aus dem Ganzen herausgerissen werden; man kann nicht durch Urtheil und Recht einem Theilnehmer an der Verkoppelung gestatten, den Plan im Ganzen zu genehmigen und sich dessen Vortheile anzueignen, dagegen aber einzelne Unbequemlichkeiten von sich abzulehnen. Will der Kläger den Grundsatz aufstellen, die Achtsleute seien nicht befugt gewesen, so wie geschehen, über sein bisheriges Privatrecht

zu disponiren, sie hätten nicht die Macht gehabt, eine alte Wegegerechtigkeit über ein Grundstück, womit keine wesentliche Veränderung vorgegangen, aufzuheben, so zerfällt damit der ganze Plan, welcher auf eine solche Befugniß der Achtsleute erbaut worden ist, und es müßte ein ganz neuer Plan nach beschränkteren Grundsätzen entworfen werden, worauf doch der Kläger selbst nicht einmal angetragen hat.

Freilich könnte der streitige Fußsteig immerhin fortbestehen, ohne daß dies irgend einen wesentlichen Einfluß auf das Ganze hätte; aber dieser zufällige Umstand kann das Rechtsprincip nicht bestimmen, da der Beklagte auf seinem Rechte aus dem Verkoppelungsplane besteht. Der Kläger hat kein Vorrecht vor allen Andern; dürfte er seinen alten Fußsteig wieder in Anspruch nehmen, so würde auch den übrigen, die dergleichen bei der Verkoppelung verloren haben, eine gleiche Befugniß zustehen, ohne daß dabei im Rechtswege der größere oder geringere Nachtheil, den sie durch die geschehene Aufhebung erleiden, in Anschlag kommen könnte. Damit würde aber unfehlbar der ganze Plan wesentlich alterirt werden.

Aus der bisherigen Entwickelung folgt nun nicht allein von selbst die Verwerflichkeit der auf die Herstellung des streitigen Fußsteiges gerichteten Klage, sondern es kann auch von der eventuell in Anspruch genommenen Entschädigung des Klägers nicht die Rede sein. Denn das Recht des Beklagten beruht auf dem Verkoppelungsplane, wodurch der Fußsteig ohne Anweisung einer desfallsigen besondern Entschädigung für den Kläger aufgehoben worden ist.

Es mußten aber die Kosten aller drei Instanzen verglichen werden, da der Kläger nicht bloß das vorige Urtheil, sondern auch manche scheinbare Gründe für sich hat.

XLVI. (67 A.)

Brauerzunft c. Klempau.

In den Entscheidungsgründen zum O.-A.-Gerichts-Urtheil vom 18. Juni 1827 in Sachen

der Aeltesten und Deputirten der Brauerzunft, Kläger, Appellanten,

contra

den Pächter und Krüger des Siechenhauses, Klempau, zu Klein-Grönau, Bekl., Appellaten,

Brauberechtigung, in spec. Beweisführung betr.,

worin Beklagter den ihm nachgelassenen Beweis der Verjährung angetreten und zu führen versucht hatte, ist anerkannt:

I. daß es bei der Extinctiv-Verjährung auf den juristischen Besitz des Verjährenden nicht ankommt, sondern daß es genügt, wenn gegen Handlungen, welche tandi nomine vorgenommen wurden — wie hier das Ausschenken eigengebrauten Biers von Seiten des Beklagten — in der gesetzlichen Zeit das Klagrecht geübt werden konnte und nicht geübt worden ist.

arg. l. 20. D. quemad. servit. amitt. (8, 6.)

l. l. § 7. D. de itin. actuque priv. (43, 19.)

II. daß es auf die Bekanntschaft der Widerspruchsberechtigten (Kläger) mit den einzelnen von Seiten des Verjährenden vorgenommenen Handlungen nicht einmal bei der praescriptio longi temporis,

arg. l. 12. i. f. Cod. de praescr. longi temp. (7, 33.)

und noch viel weniger bei der praescr. longissimi temporis ankomme.

arg. l. 3. Cod. de praescr. 30 vel 40 annor. (7, 39.)
Nov. 119. cap. 7.

Faber, Codex defin. for. L. 2. T. 35. def. 6.

Bachov, comm. in 1mam part. Pand. p. 1194.
Leyser, spec. 454. med. 5. 6.
Martins Rechtssprüche des Heidelb. Spr. § 4. § 7.

III. daß auch nach canonischem Recht bei Klagenverjährungen die bona fides des Verjährenden nicht unbedingt, sondern höchstens dann erforderlich sei, wenn der Präscribent im Besitz einer fremden Sache gegen den zurückfordernden Eigenthümer die Verjährung geltend mache, obgleich auch dieses bestritten sei.

XLVII. (69.)

Gewandschneider c. Jahnicke.

In Sachen der Gewandschneider-Compagnie, Kl., Appellanten,
wider
den Tuchmacher Jahnicke, Bekl., Appellaten,
den Ausschnitt und ellenweisen Verkauf von Tuch, in specie Restitution betr.,

ward mittelst O.-A.-Gerichts-Urtheils vom 9. Jan. 1827 das dem Beklagten Restitution ertheilende Erkenntniß des Obergerichts vom 22. Decbr. 1825 unter Compensation der Kosten bestätigt aus folgenden Entscheidungsgründen:

Die Einwendungen der Kläger gegen die Restitution, welche dem Beklagten wider die Versäumniß der Appellations-Fatalien eventualiter ist ertheilt worden, lassen sich auf folgende vier Hauptgesichtspuncte zurückführen. Sie meinen nemlich:

I. es fehle an dem zu einer jeden Restitution unumgänglich erforderlichen Requisite der Läsion;
II. es stehe derselben das frühere, vom Obergerichte verworfene Restitutions-Gesuch entgegen;
III. es mangle an der nöthigen causa restitutionis, und
IV. es sei auf allen Fall die gesetzliche Frist zur Nachsuchung der Restitution längst verstrichen.

Es konnte jedoch den Ansichten der Kläger in keiner Beziehung beigepflichtet werden und war daher das vorige Erkenntniß lediglich zu bestätigen. — Soviel nemlich

ad I. die angeblich mangelnde Läsion betrifft, so enthält in der Regel schon der Verlust eines Rechtsmittels an und für sich einen so erheblichen Nachtheil für die betreffende Partei, daß dagegen mit Grund Restitution kann erbeten werden. Im vorliegenden Falle aber ist diese Restitution für den Beklagten um so wichtiger, da die ganze Lage der Sache und alle Verhältnisse von selbst zur Genüge ergeben, daß es für den Beklagten höchst drückend sein würde, wenn es bei dem Erkenntnisse der Wette vom 15. Juni 1824, welches eine so beträchtliche Beschränkung seines Gewerbebetriebs verfügte, verbleiben sollte, zumal sich das Amt, welchem der Beklagte angehört, annoch gerade über dieses nämliche Recht in einem zur Zeit noch unentschiedenen Rechtsstreite mit den Klägern befindet und es daher noch keineswegs als ausgemacht betrachtet werden kann, daß denselben das angesprochene Verbietungsrecht wirklich zustehe. Und wenn gleich die Kläger dagegen einwenden, daß die Wette, nach Lage der Sache und nach dem eignen Vorbringen des Beklagten, gar nicht anders habe erkennen können, als wie geschehen sei, so hat sich dagegen der Beklagte schon mit Recht auf die Befugniß des neuen Vorbringens in der Appellations-Instanz berufen. Fehlt es demzufolge an der zur Restitution erforderlichen Läsion keineswegs, so kann auch

ad II. ebensowenig aus dem frühern Restitutions-Gesuche ein Grund gegen die Statthaftigkeit des jetzigen Restitutions-Antrages entnommen werden. Denn die Statthaftigkeit wiederholter Restitutions-Gesuche ex novis defensionibus unterliegt nach klarer gesetzlicher Vorschrift:

l 3. Cod. si saepius in integr. rest. post (2, 44.)

c. 10. X. de in int. rest. (1, 41.)

keinem Bedenken, und da das gegenwärtige Gesuch auf einer ganz andern causa restitutionis beruht, als das frühere, so kann demselben auch keine exceptio rei judicatae aus dem

Erkenntnisse über jenes erste verworfene Gesuch opponirt werden. Anlangend ferner

ad III. die causa restitutionis, so hat der § 12 des Nachtrags zur Gerichtsordnung vom Jahre 1814 ausdrücklich die Vorschrift des § 49 der O.-A.-Gerichtsordnung auch für anwendbar auf das Obergericht und mithin die culpa advocati an und für sich für einen zulässigen Restitutionsgrund erkläret. Es kommt mithin nur auf die Einwendungen an, welche die Kläger gegen die Statthaftigkeit desselben in dem vorliegenden Falle vorgebracht haben. Diese gehen aber darauf hinaus, daß

1) das Versehen des Sachführers hier nicht sowohl in einer Versäumung der Fristen, als vielmehr in einer unrichtigen Beurtheilung des zu ergreifenden Rechtsmittels bestehe und dagegen keine Restitution stattfinde, und daß

2) in der That nicht die culpa des Sachführers, sondern der Beklagte selbst die Versäumniß herbeigeführt habe.

Nun kann es zwar

ad 1. auf der einen Seite nicht bestritten werden, daß nicht gegen jedes Versehen des Sachwalters in der Proceßführung, welches etwa in einer unrichtigen Beurtheilung seinen Grund hat, Restitution könne ertheilt werden, sondern daß dieselbe auf wirkliche Fristversäumnisse und desfallsige Präclusionen zu beschränken sei; und ebenso einleuchtend ist es auf der andern Seite, daß die eigentliche Veranlassung des hier in Frage stehenden Versehens allerdings darin zu suchen sei, daß der Sachführer, von der irrigen Voraussetzung ausgehend, daß hier eine Nicht-Justizsache vorliege, den Recurs an den Senat ergriff und darüber die Verfolgung der Appellation versäumte. Indeß ist es doch gerade diese gänzliche Versäumung der Frist und die dadurch herbeigeführte Desertion des Rechtsmittels überhaupt, gegen welche die Restitution gebeten wird, und da es sowohl für die Partei, als auch im Effecte völlig gleichgültig ist, wodurch die Versäumung veranlaßt worden, so kann auch aus dieser Veranlassung kein Grund entnommen werden, die Restitution abzuschlagen.

Was aber

ad 2. den Umstand anbetrifft, daß der Beklagte selbst die Versäumung der Appellation herbeigeführt habe, so steht zuvörderst das angebliche eigene Geständniß desselben bei Gelegenheit seines hiebevorigen Restitutions-Gesuches dem jetzigen Antrage offenbar nicht entgegen. Denn daselbst sagt er nur, daß die unrichtige Wahl des Rechtsmittels ihm als einem im Rechte unerfahrnen Manne nicht könne zur Last gelegt werden, nicht aber, daß er diese Wahl getroffen habe. Alles kommt mithin auf

IV. die Frage an, ob nicht auf jeden Fall die Frist zur Nachsuchung der Restitution zu lange sei versäumt worden?

Diese Frage glaubt nun der Beklagte deswillen verneinen zu können, weil das quadriennium juris Romani noch lange nicht verstrichen sei, und die im

Dep.-Absch. von 1600 § 86.

vorgeschriebene kürzere Frist nur für das Reichskammergericht sei gegeben worden, mithin die ehemaligen deutschen Territorial-Gerichte nicht verbinde, wie denn auch das entgegenstehende Princip in Lübeck weder die Praxis für sich habe, noch zur Zeit als gesetzliche Norm könne betrachtet werden.

Allein hierin ist demselben durchaus nicht beizupflichten. Zuvörderst erledet schon der Grundsatz des Römischen Rechts, daß in der Regel binnen vier Jahren Restitution könne gebeten werden, um deswillen keine Anwendung auf die durch die Praxis der deutschen Gerichte eingeführte Restitution wider die Versäumung der durchgängig soviel kürzeren Proceßfristen, weil er mit den anerkanntesten Principien von der Restitution überhaupt in Widerspruch stehen würde, z. B. daß, wer eine Versäumniß begeht, den höchsten Fleiß anwenden müsse, um das Versäumte nachzuholen, ingleichen weil diese Anwendung die widersinnige Folge haben würde, daß man durch Versäumungen melioris conditionis werden und z. B. dadurch, daß der Sachführer einige Tage verstreichen läßt, eine Frist von 4 Jahren gewinnen könnte, um das Versäumte nachzuholen. Sodann aber läßt sich auch darin dem Beklagten nicht Recht

gehen, daß die proceſſualiſchen Vorſchriften der Reichsgeſetze, ſelbſt, wenn ſie zunächſt nur dem Reichskammergericht ertheilt werden, nicht auch für die Gerichte der ehemaligen Reichsſtände verbindende Kraft haben ſollten und daß ſie wohl gar als fremde Geſetze für dieſe Gerichte zu betrachten ſeien. Denn der J. R. A. § 137
enthält die ganz allgemeine und ausdrückliche Vorſchrift, daß bei allen Untergerichten der Stände des Reichs die Norm des kammergerichtlichen Proceſſes ſolle obſervirt werden und er ertheilt dadurch den Proceßvorſchriften für jenes Gericht allerdings Gemeingültigkeit, inſoferne nicht Eigenthümlichkeiten der reichsgerichtlichen Verfaſſung oder des Verfahrens von ſelbſt die Anwendbarkeit derſelben auf die Territorial-Gerichte ausſchließen. Daß aber dieſe Anwendbarkeit ganz vorzüglich von allen denjenigen Vorſchriften müſſe behauptet werden, welche auf Abkürzung der Proceſſe abzwecken, das iſt ſchon von
Gönner, Handbuch. Th. I. № 2.
mit vollem Rechte bemerkt worden.

Was nun überdies den erwähnten § 86 des Dep.-Abſch. von 1600 insbeſondere betrifft, ſo kann in der That die Statthaftigkeit, ſich auf denſelben auch in den ehemaligen Territorial-Gerichten zu berufen, am Allerwenigſten Bedenken haben, da derſelbe durchaus keine neue legislative Beſtimmung, ſondern nur eine authentiſche Deciſion über eine aus dem Römiſchen Rechte entſprungene Controverſe enthält.

Wenn nemlich in der
l. 26. § 7. 8. D. ex quibus causis majores etc. (4, 6.)
vorgeſchrieben iſt, daß bei nachgeſuchter Reſtitution gegen eine verſäumte Friſt immer nur ſo viele Zeit zur Nachholung der Handlung wieder ſolle ertheilt werden, als durch die Verſäumung verloren gegangen, ſo hatte ſich ſchon ſehr frühe eine verſchiedene Meinung darüber gebildet, ob nun in einem ſolchen Falle der zu Reſtituirende vier Jahre lang mit dem Geſuche warten könne, dann aber in dem die Reſtitution ertheilenden Erkenntniſſe nur die verſäumte Friſt wieder erhalte, oder ob die Reſtitution ſofort nach gehobenem Impedimente

in einer der verlorenen gleichen Zeit müsse gebeten und damit die versäumte Handlung selbst verbunden werden. Jene Meinung ward durch die

Clement. 1. de in int. rest. (1, 11.)

jedoch ohne ausdrückliche Anwendung auf processualische Handlungen gebilligt, die gegentheilige Meinung aber vertheidigten schon der Glossator Martinus, imgleichen Sfortia Oddus

Gundlingiana Stück 26. № 2.

Da sich nun, dem Obigen zufolge, diese letzte Meinung als die offenbar vernünftigere und practisch vorzuziehende empfahl, so ward sie durch den erwähnten Deputations-Abschied für Proceßfristen ausdrücklich adoptirt und erhielt so gesetzliche Bestätigung.

Diese Vorschrift ist denn auch allerdings in die Praxis der Territorial-Gerichte übergegangen,

vergl. Mevii Decis. P. VIII, № 238. und die von Gundling citirten Schriftsteller,

und wenn sie auch bisher in den Lübeckischen Gerichten nicht gerade immer sollte beachtet sein, so kann es darauf überall nicht ankommen, da es nach dem J. R. A. a. a. O., um dieselbe anzuwenden, schon genügt, daß keine entgegenstehende Observanz vorhanden sei, und eine solche ist nicht einmal behauptet, geschweige denn nachgewiesen worden.

Daß aber das O.-A.-Gericht nicht beabsichtigt habe, durch seinen Vorschlag, den Inhalt des § 86 in die definitive Gerichtsordnung aufzunehmen, ein neues Gesetz zu proponiren, sondern nur das weniger allgemein bekannte in Erinnerung zu bringen, das geht aus den Vorschlägen selbst zur Genüge hervor.

Demnach war im vorliegenden Falle allerdings eine vierwöchentliche Frist zur Nachsuchung der Restitution zu beobachten, und es fragt sich mithin nur noch, ob diese von dem Tage der Wissenschaft der eingetretenen Läsion zu berechnende Frist von dem Beklagten versäumt sei oder nicht?

Hier stellen nun die Kläger Alles lediglich darauf, daß doch der Beklagte durch die am 15. Octbr. 1824 an ihn

persönlich beschaffte Insinuation des obergerichtlichen Decrets vom 14. ejusdem, ingleichen, daß er am 30. Octbr. 1824 durch die Insinuation des Wetteprotocolls vom 26. ejusdem die Versäumniß erfahren habe, sowie darauf, daß selbst noch später wiederholte Strafverfügungen wider ihn seien erlassen worden und daher, selbst vom 15. Octbr. angerechnet, die Restitutionsfrist längst verstrichen sei. Allein diesem ganzen Argumente steht der Umstand entscheidend entgegen, daß ja, vom 15. Octbr. 1824 angerechnet, der Beklagte wirklich tempestive, nemlich bereits am 27. Octbr., seine Appellations-Rechtfertigung nebst Restitutions-Gesuch übergeben hat. Wenn nun gleich dieses erste Gesuch auf eine unhaltbare causa restitutionis gegründet war, so kann es doch dem Beklagten nicht zur culpa angerechnet werden, daß er erst den Ausfall dieses Gesuches abwartete und nicht schon vor darauf abgegebenem Erkenntnisse noch mit einem anderweitigen Restitutions-Gesuche einkam, indem nicht nur

c. 1. 2. de rest. in int. in VI^to. (1, 21.)

eine ex rationabili causa herrührende Verzögerung in Anbringung des Restitutions-Gesuches für entschuldbar erklären, sondern auch insbesondere

l. 16. C. de inoff. test. (3, 28.)

die Regel aufstellt, daß eine ex prioris judicii mora entsprungene Verjährung kein Hinderniß für Anstellung einer neuen Klage sei. Was aber das zweite Restitutions-Gesuch anbetrifft, so beeilte der Beklagte dasselbe so sehr, daß er es sogar schon am fünften Tage, nachdem über das erste erkannt war, einbrachte. Auf die nach dem 15. Octbr. 1824 oder überhaupt in den letzten drei Monaten dieses Jahres erlangte Wissenschaft kommt es also gar nicht an.

Dahingegen haben die Kläger, daß der Beklagte auch schon früher, nemlich schon über vier Wochen vor dem 27. Octbr. 1824 Kunde von der Versäumniß erhalten habe, selbst weder behauptet, noch liefern die Acten hinreichenden Grund, um solches anzunehmen.

Denn was das am 24. Juli selbigen Jahres abgegebene Rathsdecret betrifft, wodurch die Sache an das Obergericht verwiesen ward (welches hier einzig noch in Betracht kommen könnte), so fehlt es an allem Beweise, daß dieses dem Beklagten persönlich sei insinuirt worden, oder daß derselbe davon sonst schon vor dem 27. Octbr. Kunde erhalten habe, und es hat auch, daß es nur dem Anwalte zugestellt worden sei, nach dem hieselbst bei Insinuation gerichtlicher Decrete und drgl. und nach der darüber vom Beklagten in gegenwärtiger Instanz beigebrachten Bescheinigung alle Wahrscheinlichkeit für sich.

XLVIII. (70.)

Gäth contra Wagenlader.

Auf Antrag der Wagenlader war der Mobilienhändler F. Gäth mittelst Wettebescheides vom 18. Juli 1826 verurtheilt worden, den Erstern für das durch seine eigenen Leute verrichtete Abladen von Mobilien den gebührenden Arbeitslohn zu bezahlen, wobei hinzugefügt war, daß er künftig alle Mobilien, welche er erhalte, von den Wagenladern abpacken zu lassen habe. Nachdem das Obergericht am 19. Octbr. 1826 diesen Bescheid confirmirt hatte, appellirte der Beklagte an das O.-A.-Gericht und bat, indem er auf den Gebrauch seiner Leute bei'm Abpacken von Mobilien verzichtete, daß ihm das Recht zugesprochen werden möge, seine Waaren mit eigenen Händen abzuladen.

Mittelst Urtheils vom 10. Juli 1827 ward jedoch diese Appellation, weil sie nicht den bisherigen Streitgegenstand betraf, als unstatthaft verworfen, obgleich der Appellant inzwischen bei der Wette (statt bei'm Obergericht) eine Declaration des obergerichtlich bestätigten Wettebescheides vom 18. Juli 1826 bewirkt und hier den Bescheid erhalten hatte:

„daß es ihm nicht erlaubt sei, Mobilien, welche er er-
„halte, weder selbst mit eigener Hand noch durch

„seine Leute abladen zu lassen, ohne den Wagenladern
„den ihnen dafür gebührenden Lohn zu erstatten,"
wider welche Declaration aber ein ordentliches Rechtsmittel nicht eingewandt worden.

XLIX. (72.)

Höppener contra Pfensig.

Nach den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 30. März 1827 in Sachen Höppener c. Pfensig gehört nicht allein das Talgschmelzen und Licht-Gießen oder Ziehen, sondern auch die Auflagerung des rohen, sowohl gereinigten als ungereinigten Talgs (von Seiten eines Handwerkers) zu den in Stat. III, tit. 12. art. 12 verbotenen unleidlichen Gewerben, wider welche den Nachbarn ein Widerspruchsrecht zusteht, nicht dagegen der bloße Verkauf der anderswo (in einem andern Hause) fabricirten Lichter.

L. (73.)

Jürgensen contra Körner*).

In Sachen Joh. Chr. Jürgensen, Bekl., Querulanten, event. Appellanten,

contra

Joh. Gerh. Körner, Kl., Querulaten ꝛc.,
Forderung von Ct. ℔ 1000., jetzt Recusation zweier Mitglieder des O.-A.-Gerichts betr.,

ward vom O.-A.-Gericht am 9. Decbr. 1825 erkannt:

„daß dem Antrage des Querulanten, die beiden von ihm
„recusirten Mitglieder des O.-A.-Gerichts, Hrn. O.-A.-Rath

*) S. Heise und Cropp, Abhdlg. II., S. 48—92.

„Dr. Hach und Hrn. O.-A.-Rath Dr. Overbeck, von „der Theilnahme an der Verhandlung und Entscheidung „der gegenwärtigen Sache auszuschließen, rücksichtlich der „principaliter erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde nicht Statt „zu geben; dahingegen, insofern es zur Verhandlung und „Entscheidung über die vom Querulanten eventuell zur „Hand genommene Appellation kommen sollte, die ge„dachten Gerichtsmitglieder sich der Theilnahme hieran „zu enthalten haben.

Entscheidungsgründe.

Die Recusation geht generell dahin, daß die beiden genannten Mitglieder des O.-A.-Gerichts sich der richterlichen Thätigkeit in vorliegender Sache enthalten sollen, und es ist derselben der Grund untergestellt, daß diese beiden Gerichtsmitglieder ebenfalls, wie die in erster Instanz recusirten beiden Herren Prätoren und der Niedergerichts-Procurator Dr. Steche, das den in duplicis l^mae instant. vom Querulanten aufgestellten Rechtsgrundsätzen widersprechende Rechtsgutachten vom 30. März 1812 als Sachverständige mit unterzeichnet hätten, wobei überdies der Querulant sich event. zur Ableistung des Perhorrescenzeides erboten hat.

Ungeachtet jedoch die Recusation sich den Worten nach auf die Sache überhaupt, nicht bloß auf die gegenwärtig angebrachten Rechtsmittel erstreckt, so versteht es sich doch von selbst, daß über dieselbe zur Zeit nur in Beziehung auf diese letzteren zu erkennen ist. Soviel hiebei zuvörderst die allgemeine Frage betrifft: ob zu Ablehnung des ordentlichen Richters die Anführung einer justa causa recusationis und deren Beweis erforderlich sei, oder ob, wie der Querulant auszuführen gesucht hat, schon die eidliche Versicherung der Partei, daß sie dem Richter mißtraue — der Perhorrescenzeid — dazu hinreiche? so ist dem Querulanten in letzterer Behauptung in der Allgemeinheit, wie er solche aufgestellt hat, keineswegs beizupflichten.

In den Gesetzen ist solche überall nicht gegründet, vielmehr sind derselben die Vorschriften des gemeinen Rechts offenbar zuwider.

Das Römische Recht gestattet zwar die Recusation eines Richters unbedingt, selbst ohne Anführung von Recusationsgründen. Allein dieses gilt nur von judices pedanei und delegati, die nur zu einer einzelnen Sache erwählt oder deputirt wurden, ohne mit dem Richteramte als Staatsbeamte bekleidet zu sein. Bei magistratus, insofern diese Recht zu sprechen hatten, fand durchaus keine Recusation Statt.

Vrgl. Ant. Schulting de recus. jud. (in Comment. acad. Diss. II.)

Die Mitglieder unserer Justizcollegien sind aber ohne Zweifel viel eher den römischen Magistratus zu vergleichen und würde also, auf das Römische Recht gesehen, die Recusation bei ihnen ganz wegfallen. Das canonische Recht hingegen, aus welchem Viele den Satz, daß der bloße Perhorrescenzeid genüge, herleiten wollen, fordert gerade im Gegentheil ganz bestimmt, daß hinreichende Recusationsgründe angeführt und nöthigenfalls nachgewiesen werden.

c. 61. X. de appellat., vgl. mit c. 41 § 1. eod.

c. 39, X. de off. jud. deleg.

c. 10. X. de foro comp.

Die irrige Meinung aber von der Zulänglichkeit des bloßen Perhorrescenzeides verdankt, wie sich bestimmt nachweisen läßt, ihren Ursprung einer sonderbaren Vermischung des römischen und canonischen Rechs. Azo nemlich leitete aus der

l. 14. C. de judiciis (in den neueren Ausgaben l. 16.)

weil dort ohne weiteren Zusatz gesagt ist: licere judicem, antequam lis inchoetur, recusare, die Folgerung ab: es könne also der Richter wegen bloßen Verdachts recusirt werden, „nulla causa probationis requisita." Damit aber die Recusation nicht zu Chicanen gemißbraucht werden möge, bemerkte er, man könne deshalb ein juramentum calumniae fordern; denn gerade für solche Zwecke sei dieses eingeführt. Indeß beschränkte Azo diese seine Behauptung ganz bestimmt

auf den judex delegatus, von welchem in der gedachten Stelle des Codex allein die Rede ist.

vid. Azonis Commentar. ad singulas leges Codicis (Lugd. 1596.) pag. 261.

Diese wesentliche Beschränkung wurde jedoch später übersehen, und indem man hiernächst auf die Frage kam, ob auch der judex ordinarius recusirt werden könne, worüber schon unter den Glossatoren viel gestritten wurde, erhielt die bejahende Meinung des Martinus, gegen die des Bulgarus, gesetzliche Billigung durch das angeführte c. 61. X. de appellat. („canonizata est")

cf. Glossa ad l. 14. C. de judiciis ad voc. „judices."

Die beiden Sätze: „auch der judex ordinarius kann recusirt werden," und: „die Recusation des Richters kann durch bloße eidliche Versicherung des Mißtrauens (juramentum calumniae) geschehen," wurden nun combinirt, ohne darauf zu achten, daß der letztere Satz nur in Beziehung auf den judex delegatus gelte, und auch nur in Rücksicht auf diesen aufgestellt worden war, und daß hingegen in dem gedachten c. 61. X. de appell. bei der Recusation des judex ordinarius ausdrücklich Anführung und Beweis einer justa causa recusationis erfordert werde, — eine Verwirrung, zu welcher in der That schon die Glosse einige Veranlassung gab, indem sie zwischen dem judex delegatus und ordinarius nicht deutlich genug unterschied.

vid ibid. ad vocem: „recusare."

In der Folgezeit aber, als diese Entstehung des Irrthums in Vergessenheit gerathen war, suchte man der einmal angenommenen Meinung eine Stütze zu verschaffen, und verfiel hierbei auf das c. 11. § 1. de rescriptis in C., worauf die meisten neueren Juristen, welche dieser Meinung zugethan sind, sich berufen, ungeachtet hierin eine in die Lehre von der Recusation des verdächtigen Richters offenbar gar nicht einschlagende Entscheidung enthalten ist.

Aber auch eine entſchiedene allgemeine Praxis, durch welche jene Meinung beſtätigt wäre, wie dies freilich von Einigen behauptet wird,

Quiſtorp, Beiträge zur Erläut. verſchied. Rechtsmaterien № XXXIV.

Glück, Erläut. d. Pand. Th. 6. S. 224.

v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen Bd. 2. № XIX.

iſt nicht erfindlich. Zwar iſt ſoviel richtig, daß in praxi der Perhorreſcenzeid als eine eigene Gattung des Eides, welche zur Recuſation des Richters gute Dienſte leiſte und leichter zum Ziele führe, als die exceptio suspecti judicis, ziemlich allgemein angenommen iſt. Allein der Satz, auf den es hier ankommt, daß eine Recuſation bloß durch dieſen Eid begründet werden könne, ohne Angabe einer justa causa, hat, wenn ſich auch bedeutende Autoritäten für ihn anführen laſſen, wie

Mynsinger, Cent. 3 obs. 58. № 1.

Leyser, Spec. 67 coroll. 1. et Supplem. ad hoc Spec. in Meditatt. ad Pand. Tom. XI. p. 183 sqq.

J. H. Böhmer, J. E. P. Tom. 1. lib. 11. tit. 11. § 74 sqq. u. A.

doch eine überwiegende Mehrzahl eben ſo gewichtiger Gegner, die ſich wiederum in zwei Claſſen theilen, indem dieſelben zwar insgeſammt den Recuſanten ohne geſchehene Anführung erheblicher Recuſationsgründe zum Mißtrauenseide nicht zulaſſen, Mehrere von ihnen jedoch, und darunter namentlich diejenigen neueren Schriftſteller, welche auf die heutige Praxis einen vorzüglichen Einfluß haben, den Perhorreſcenzeid für ſich allein zum Beweiſe der angeführten Recuſationsgründe für genügend anſehen.

Mevius, P. 1. Dec. 71.

Berger, Electa discept forens. p. 353 sq.

Wernher, Obs. for. P. V. obs. 185 P. VII. obs. 84.

Brockes, Diss. de juram. perhorresc. ejusque usu forensi. Vitemb. 1730. (auch in deſſen Observ. forens. Obs. 2.)

Pufendorff, Obs. jur. univ. Tom. I. Obs. 180.
G. L. Böhmer, princ. jur. can. §. 663. not. b.
Claproth, ord. Proc. §. 46.
Pütter, auserles. Rechtsfälle Bd. 3. №. 162. S. 1034.
Danz, ordentl. Proc. §. 24.
Grolmann, Theorie des gerichtl. Verf. §. 32.
Gönner, Handb. Th. I. Abh. 12. §. 2.
Martin, Lehrb. d. gem. Proc. §. 57.

während Einige jenen Eid nur zur Erfüllung des außerdem zu führenden Beweises der vorgegebenen causa recusationis zulassen.

W. A. Lauterbach, D. de perhorresc. juramento. Tub. 1656. (in Diss. acad. Vol. 2 Diss. 94).
Cocceji, jus civ. controv. L. XII. Tit. 2. et
Emminghaus, ad eund. not. g.
Hofacker, princ. jur. civ. Tom. III. § 4185.

Wenn nun auch die Praxis einzelner Länder oder Gerichte, und namentlich selbst, wie der Querulant behauptet, die Praxis der Lübecker Gerichte, jener ungesetzlichen Lehre von der Hinlänglichkeit des bloßen Mißtrauenseides entsprechen sollte, so kann doch dieß bei der vorliegenden Recusation einiger Mitglieder des Oberappellationsgerichts, bei welchem eine solche Praxis nicht Statt findet, auf keinen Fall in Betracht kommen, und braucht daher auch auf die Frage, ob politische Gründe für eine solche Observanz sprechen, und ob dieselbe für eine consuetudo rationabilis anzusehen sei, hier nicht eingegangen zu werden.

Auf den dieser vorliegenden Recusation untergestellten Grund kommt es demnach allerdings an.

Wenn nun aber derselbe lediglich darin bestehen soll, daß von den gedachten beiden Mitgliedern dieses höchsten Gerichts, wegen der von ihnen dem Anführen nach geschehenen Mitausstellung des erwähnten Gutachtens, eine völlige Unbefangenheit bei Beurtheilung einer Sache, deren Entscheidung auf der in diesem Gutachten beantworteten Rechtsfrage beruhe, nicht mit Sicherheit vorauszusetzen sei; wenn also jenen

Gerichtsmitgliedern keineswegs eine eigentliche Betheiligung bei dem gegenwärtigen zwischen Körner und Jürgensen anhängigen Processe, — ein besonderes Interesse bei diesem Rechtsstreite, vermöge dessen es ihnen nicht gleichgültig sein könnte, welcher von beiden Theilen den Verlust der streitigen 1000 ℛ zu erleiden haben werde, — beigemessen wird: so ist es, abgesehen von der hier noch gar nicht zu beantwortenden Frage von der Erheblichkeit eines solchen Recusationsgrundes an sich, von selbst einleuchtend, daß derselbe auf keinen Fall da geltend werden könne, wo es sich um eine richterliche Entscheidung handelt, bei welcher die durch jenes Rechtsgutachten beantwortete Frage unmöglich, weder näherer noch entfernterer Weise, in Betracht kommen kann.

Dieß aber ist ganz augenscheinlich bei der von dem Bekl. gegenwärtig als principales Rechtsmittel beim O.-A.-Gericht angebrachten Nullitätsquerel der Fall. Diese hat, wie es ihrer Natur nach nicht anders sein kann, nur formelle Punkte, keineswegs solche, die in materialia der fraglichen Streitsache selbst einschlagen, zum Gegenstande: — ob nämlich das O.-Gericht zu der von ihm abgegebenen Entscheidung competent war? ob dem Bekl. in aller Hinsicht das rechtliche Gehör gegönnt? und: ob bei jener Entscheidung vollständige Acten zum Grunde gelegt worden? — Ist es nun aber zugleich evident, wie es dieß ist, daß die Rechtsgrundsätze, über welche das erwähnte Gutachten sich ausgesprochen haben soll, nur eben bei Beurtheilung der Materialien des zwischen den gegenwärtigen Parteien anhängigen Processes in Betracht kommen können: so fehlt es offenbar an allem und jedem Grunde, bei jenen beiden Mitgliedern irgend ein der unbefangenen Beurtheilung der beklagtischen Nullitätsbeschwerde hinderliches Meinungsinteresse vorauszusetzen, und kannde shalb auf keinen Fall von einer Ausschließung derselben von der Verwaltung ihres Amtes in Beziehung auf diese Nullitätsquerel die Rede sein.

So viel hingegen die eventuelle Appellation betrifft, so würde zwar die Theilnahme der recusirten Mitglieder an

der desfallsigen Verhandlung und Entscheidung, aus dem Gesichtspunkte des beklagtischen Recusationsgrundes betrachtet, ebenfalls nicht für unstatthaft zu achten sein. Denn auch in Hinsicht auf die aufgestellten Appellationsbeschwerden läßt sich ein Einfluß der Ansicht, welche das Gericht oder einzelne Mitglieder desselben über die in dem ofterwähnten Gutachten beantwortete Rechtsfrage gefaßt haben mögten, auf die zu fällende Entscheidung kaum als möglich denken, indem es an sich ganz außer dem Bereiche dieser Rechtsfrage liegt, ob der von dem Bekl. gemachte Verhorrescenzantrag gegen einige Mitglieder des Niedergerichts für statthaft zu achten sei oder nicht? (grav. I.) ob dessen Begehren, daß das Erkenntniß erster Instanz in der Findung geschöpft werden solle, Statt finden könne? (grav. II.) und ob es bei der verfügten Verurtheilung desselben in die Kosten sein Bewenden behalten müsse? (grav. III). Allein es tritt hierbei noch eine andere Rücksicht ein, die, obgleich von dem Querulanten nicht angeregt, doch nach Maaßgabe des §. 24 der provisor. O.-A.-G.-Ordnung ex officio in Obacht zu nehmen war.

Die Frage nämlich, welche eintretenden Falls in Folge der ersten beklagtischen Appellationsbeschwerde zu entscheiden wäre, (ob die drei Mitglieder des Niedergerichts mit Recht oder mit Unrecht recusirt worden?) ist im Wesentlichen identisch mit derjenigen, über welche das O.-A.-Gericht in dem Falle, daß künftig der zwischen den gegenwärtigen Parteien obschwebende Rechtsstreit selbst, in Betreff der materialia causae, anhero gelangen sollte, in Bezug auf seine jetzt recusirten beiden Mitglieder präparatorisch zu erkennen haben würde. Denn der Grund der Recusation ist derselbe bei diesen Mitgliedern des O.-A.-Gerichts, wie bei den Mitgliedern des Niedergerichts. Durch die jetzige Entscheidung über jene erste Appellationsbeschwerde, wenn es dazu kommen sollte, wird demnach allerdings ein praejudicium gemacht, durch welches das O.-A.-Gericht, wenn es gleich nicht gerade unbedingt dabei stehen zu bleiben genöthigt wäre, sich doch ohne Zweifel auf gewisse Weise gebunden finden würde, falls bei

künftiger Devolution der Sache eine gleiche Entscheidung desselben zum Behuf seiner eigenen Constituirung nothwendig werden sollte. Nähmen demnach die beiden recusirten Mitglieder jetzt an dem Erkenntnisse über die beklagtische Appellation Theil, so concurrirten sie eventualiter zum Voraus zu dem Erkenntnisse über ihre eigene Recusation. Schon nach dem canonischen Rechte findet nun aber dieses nicht Statt,

c. 61. cit. X. de appellat.

noch weniger aber erscheint solches mit dem angeführten §. 24 der provisor. O.-A.-G.-Ordnung vereinbar. Denn wenn gleich bei der Ungewißheit, ob die Sache selbst künftig anhero gelangen werde, ein bestimmtes und directes Interesse an der vorausgesetzten Falls jetzt abzugebenden Entscheidung über die Relevanz des fraglichen Recusationsgrundes nicht anzunehmen ist, so verlangt doch der gedachte §. der Ger.-Ordn. auch wegen eines mittelbaren Interesse die Ausschließung des betreffenden Mitgliedes, wobei allerdings auch schon die Wahrscheinlichkeit des Falles, welcher hierbei zur Annahme eines persönlichen Interesse vorausgesetzt werden muß, zu berücksichtigen ist.

arg. c. 18. X. de judiciis
„ c. 20. X. de testib.

Indem nun die Nullitätsquerel sich vorliegenden Umständen nach ohne die geringste Unzuträglichkeit von der eventualiter zur Hand genommenen Appellation gegen das obergerichtliche Erkenntniß in der Verhandlung und Entscheidung völlig trennen läßt, gegen eine solche Trennung aber, so bald der Zweck und das Interesse der Justiz dieselbe erfordert, es auch keinen Grund abgeben kann, daß es bei den Justizcollegien, und auch bei dem O.-A.-Gerichte, gewöhnlich ist, Instruction und Vortrag über eventuell gebrauchte Rechtsmittel mit den über die principalen zu verbinden: so war dieselbe unbedenklich auch hier vorzunehmen, und demzufolge, mit Verwerfung der beklagtischen Recusation, so weit sie die Theilnahme der recusirten Gerichtsmitglieder an jener Nullitätsquerel betrifft, dem Kläger die Vernehmlassung auf letztere,

damit hierüber zuvörderst abgesondert entschieden werden könne, zu injungiren, woneben über jene Recusation, insofern sie sich auf die eventuelle Appellation erstreckt, für den Fall, daß auf diese einzugehen sein sollte, das Geeignete füglich zugleich mit erkannt werden konnte; — wobei es sich übrigens von selbst versteht, daß weder in der einen noch in der andern Verfügung zugleich eine Entscheidung über die Frage, ob der gedachte Recusationsgrund für den Fall, daß künftig die Hauptsache anhero devolvirt werden sollte, geltend werden könne oder nicht, enthalten ist.

Nachdem darauf die Nichtigkeitsbeschwerde des Querulanten, in Gemäßheit der fernern in dem O.-A.-Gerichtl. Erkenntnisse vom 9. Dec. 1825 enthaltenen Auflage, für sich näher instruirt worden war, erging darauf vom O.-A.-Gericht am 23. Februar 1827, unter Compensation der Kosten, die Entscheidung:

„daß die Nothfrist der wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Lübeck vom 14. Juli 1825 angebrachten Nichtigkeitsbeschwerde für gewahrt zu achten, auch, wie hiermit geschieht, gedachtes Erkenntniß wiederum aufzuheben, und die Sache an das Obergericht zurückzuverweisen sei, um, mit Zugrundelegung der vollständigen niedergerichtlichen Acten, und nachdem beide Theile mit ihren etwaigen Anträgen beim Obergericht gehört worden, über die vorgebrachten Recusationen, und über den Antrag des Beklagten, in der Findung zu sprechen, insoweit als dieser Antrag von dem Perhorrescenzantrage desselben abhängt, anderweites rechtliches Erkenntniß abzugeben."

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte hat seine wider das obergerichtliche Erkenntniß vom 14. Juli 1825 erhobene Nichtigkeits-Querel auf die beiden Hauptfundamente gebaut:

I. darauf, daß das Obergericht
   a) zur Entſcheidung über den Perhorreſcenz-Antrag, und
   b) zur Entſcheidung über das Geſuch in der Findung zu erkennen,
   nicht competent geweſen ſei;
II. darauf, daß das Verfahren an einigen weſentlichen Mängeln leide;

und obgleich die Beſchwerde in erſter Hinſicht zu verwerfen geweſen iſt, ſo mußte derſelben doch in Betracht des zweiten Fundaments Statt gegeben werden.

Ad I. a)

Was zuvörderſt die allgemeine Frage anlangt: ob die Entſcheidung über die gegen den Unterrichter angebrachte Perhorreſcenz dem Oberrichter zuſtehe? ſo laſſen ſich für die Competenz des Oberrichters — abgeſehen von dem dabei weſentlich verſchiedenen Falle der Recuſation eines judex delegatus — zwar keine geſetzliche Vorſchriften anführen: denn die ſowohl im Römiſchen Recht

Nov. 86. c. 2.

als auch im Canoniſchen Recht

c. 41. u. 61. X. de appellat.
c. 10. X. de foro compet.

vorkommenden Verfügungen enthalten vielmehr ganz andere Beſtimmungen; allein eine unbezweifelte Praxis hat, wenn gleich vielleicht aus irrthümlicher Verwechſelung der Verhältniſſe des judex delegatus und des judex ordinarius, ſchon ſeit geraumer Zeit angenommen, daß der Oberrichter competent ſei, über die gegen den Unterrichter angebrachten Recuſationen zu entſcheiden.

Brunnemann, Comment. ad Codic. ad leg. ult. de judiciis a. E.
Mevius, P. II. decis. 337. not. 6.
Leyser, Meditat. sp. 67. m. 7.
Claproth, ord. Proc. 1. Thl. § 46.
Danz, Grundſ. d. Proc. § 24.

Grolman, Theorie d. gerichtl. Verf. § 32.
Gönner, Handb. d. Proc. Th. I. Abh. 12. § 4.
Martin, Lehrb. d. Proc. § 57.

Der Beklagte bestreitet auch nicht, daß eine solche Praxis im Fall der Recusation eines ganzen Untergerichts bestehe; behauptet aber eines Theils, daß dieser Fall hier nicht vorhanden sei und deshalb die nicht perhorrescirten Mitglieder des Niedergerichts über den Perhorrescenz-Antrag hätten erkennen müssen; andern Theils, daß es zu Lübeck Praxis sei, dem recusirten Gerichte selbst die Entscheidung über seine Recusation anheim zu stellen.

Es ist jedoch demselben weder in dem einen noch in dem andern Punkte beizupflichten gewesen. Denn was die erste Behauptung betrifft, so hat das Obergericht mit vollem Rechte angeführt, daß in substrato die von dem Beklagten angebrachte Recusation, der Wirkung nach, der Recusation des ganzen Niedergerichts gleichzustellen sei, indem, nach Recusation der Herren Praesides, und weil die beiden Procuratoren der streitenden Partheien von selbst wegfielen, auch der Procurator Dr. Lembke die Theilnahme am Richter-Amte in dieser Sache abgelehnt hatte, vom sämmtlichen Recht sprechenden Personale des Niedergerichts nur ein einziger Procurator übrig blieb. Ein einziger Procurator des Niedergerichts kann aber nicht für befugt erachtet werden, ein rechtsgültiges Niedergerichts-Erkenntniß abzugeben. Denn, abgesehen davon, daß ein in der eigentlichen Findung abzugebendes Erkenntniß die Concurrenz mehrerer Urtheilsfinder voraussetzen dürfte, wohin auch die in Art. IX. der Nieder-Gast- und Appellat.-Ger.-Ordnung vorkommenden Worte:

„sich einer Sentenz unter einander vergleichen"

hindeuten, so muß es als zum Rechtsbestand eines solchen Erkenntnisses gehörig angesehen werden, daß es unter der Autorität der Vorsitzer abgefaßt worden sei. Dieser Grundsatz fließt schon aus der Natur der Alt-Deutschen Gerichtsverfassung überhaupt, aus welcher die des hiesigen Niedergerichts sich entwickelt hat, als welche es bekanntlich mit sich

brachte, daß, wenn auch der Vorsitzende des Gerichts nicht derjenige war, der das Urtheil fand, dieses vielmehr entweder von den Schöffen oder von dem Umstande gefunden ward, dennoch die Concurrenz und Autorität des Vorsitzenden zur Abgabe des Urtheils unumgänglich und wesentlich nothwendig war, da nur durch ihn die Sache an die Finder gewiesen werden konnte, und er das von ihnen gefundene Urtheil aussprach: „waz die schopphen ortehlen daz sal der richter richten unn anders nymant."

Kayser-Recht, Pars I. cap. VII.

vgl. Sachsen-Spiegel, III. 30. a. E.

Maurer, Geschichte des Alt-German. Gerichts-Verfahrens p. 69. und die in not. 62. angeführte Urkunde, p. 70. 72. 227—232. 238.

Es ist aber auch diese Concurrenz der Vorsitzenden des hiesigen Gerichts mit ihrer Autorität zu dem Urtheil durch Gesetz und Observanz sanctionirt. Nach art. I. Tit. I. Lib. V. des Statuts sind sie es, welche die Sache an die Finder weisen. Der Art. IX. der Nieder-Gast- und Appellat.-Ger.-Ordnung verlangt ferner, daß die Urtheilsfinder sich in Gegenwart der Gerichts-Vogte bedachtsamlich einer Senteuz unter einander vergleichen sollen, und daß selbige folgends öffentlich publicirt werden soll; und ein Senats-Decret vom 26. April 1709 verordnet, daß die Procuratores die Urthel versiegelt den Herren des Gerichts zustellen sollen. Und wenn auch in diesen Stellen nichts über die Art, wie sich die Autorität und Concurrenz der Herren des Gerichts bei den von den Procuratoren abgefaßten Erkenntnissen äußern solle, ausgesprochen ist, so ist es doch außer Zweifel, daß ohne den Vorsitz eines der Herren Prätoren, oder eines für selbigen substituirten Senats-Mitgliedes gar kein Niedergericht gültig gehalten werden könne.

vgl. Dreyer, Einleit. zur Kenntniß Lüb. Verordnungen p. 338. a. E.

Bei so bewandten Umständen blieb also nichts anders zu thun übrig, als so zu verfahren, wie wenn das ganze Nieder-

gericht explicite recusirt worden wäre, und die Entscheidung über die Recusation dem Obergerichte anheim zu stellen.

Dagegen kann auch die zweite Behauptung des Bekl. nichts entscheiden, daß es nämlich hiesige Praxis sei, dem recusirten Gerichte selbst die Entscheidung über die Recusation zu überlassen. Denn die Existenz einer solchen, überhaupt kaum denkbaren, Praxis geht aus dem von dem Beklagten angeführten Senats-Decret vom 20. März 1819 nicht hervor, indem selbiges, wie das Obergericht bemerkt hat, einen von dem jetzt in Frage stehenden ganz verschiedenen Fall betraf, nämlich die Recusation nur eines der beiden Herren des Landgerichts.

Ad I. b).

Außer der Frage von der Competenz des Obergerichts zum Erkenntnisse über den Perhorrescenz-Antrag kommt zweitens die in der vorigen Sentenz enthaltene Entscheidung über den Antrag des Beklagten, in der Findung zu sprechen, in Betracht.

Daß eine solche Entscheidung an und für sich keineswegs dem Obergerichte, sondern dem Niedergerichte zustehe, ist so klar, daß es deshalb keiner weiteren Ausführung bedarf. Die obergerichtliche Sentenz ist aber auch gar nicht in dem entgegengesetzten Sinne, wie der Beklagte selbige p. 9. der Querel zu deuten scheint, zu verstehen. Vielmehr giebt schon die Wortfassung, daß das Obergericht nur insofern, als dieser Antrag mit dem Perhorrescenz-Antrage verbunden war, darüber zu entscheiden gemeint gewesen ist: wie es denn auch in der übrigens sorgfältig motivirten Sentenz keine besondere Gründe, in Betreff des Gesuchs in der Findung zu erkennen, angeführt hat.

In dieser Verbindung nun über dieses Gesuch, als über ein accessorium des Principal-Antrages, mit zu erkennen, war das Obergericht allerdings competent. Beide Anträge stehen auch in der That in der genauesten Verbindung mit einander, indem der Bekl. seinen Antrag auf ein Erkenntniß in der Findung lediglich durch die vorangeschickten Recusationen begründet hatte.

Es versteht sich aber von selbst, daß derselbe, falls künftig seine Recusationen verworfen werden sollten, unabhängig von diesen, einen anderweiten Antrag auf Abfassung des Erkenntnisses in der Findung vorbringen kann, und daß die Entscheidung über diesen neuen Antrag zunächst dem Niedergerichte anheimfällt.

Ad II.

Ob nun wohl aus den bisher angeführten Gründen die Competenz des Obergerichts unbedenklich anzunehmen gewesen ist, so konnte doch die Aufhebung des von demselben abgegebenen Erkenntnisses wegen einiger vorgefallenen, wesentlichen Mängel des Verfahrens nicht vermieden werden.

Der Beklagte stellt in dieser Hinsicht die zwei Beschwerden auf:

1) daß ihm die Einsendung der beim Niedergerichte statt gehabten Verhandlungen an das Obergericht nicht bekannt gemacht, und daß vom Obergerichte über dieselben sofort erkannt worden, wodurch ihm
   a) das rechtliche Gehör über die Competenz des Obergerichts selbst,
   b) das Recht zur Recusation einiger Mitglieder des Obergerichts, die sich mit den perhorrescirten Mitgliedern des Niedergerichts in gleichem Falle befänden;

   nicht weniger, daß ihm
   c) das nach §. 33. der Gerichts-Ordnung vom 4. Mai 1814 zustehende Recht der Actenversendung entzogen worden sei.

Seine zweite Beschwerde ist:

2) daß die Mittheilung der niedergerichtlichen Verhandlungen an das Obergericht in mangelhafter Weise geschehen, wodurch das Obergericht veranlaßt worden, irrigerweise anzunehmen, als sei bereits in der Hauptsache die Litis-Contestation erfolgt, welche irrige Voraussetzung zur Folge gehabt habe, daß die wider den Dr. Meyerfieck angebrachte Recusation als verspätet

verworfen worden, die sonst für zulässig würde erkannt worden sein.

Diese Beschwerden mußten allerdings für begründet angesehen werden.

Es kann nämlich wohl keinen Zweifel leiden, daß es ein wesentlicher Mangel sei, wenn dem Beklagten keine Gelegenheit gegeben wurde, seine Anträge über die vorhin bemerkten ersten Punkte, namentlich über die Actenversendung, anbringen zu können. Diese Gelegenheit hat er dadurch verloren, daß beim Niedergerichte durch den Bescheid vom 14. Mai 1825 die Sache in Bedenk genommen und dadurch ein vom Niedergerichte selbst zu gebender Ausspruch verheißen wurde, — weshalb denn er, Bekl., keine Veranlassung hatte, seine Gründe wider die Competenz des Obergerichts vorzubringen; — sodann aber, ohne die Partheien hiervon in Kenntniß zu setzen, die Sache zur Entscheidung des Obergerichts verstellt ward; und daß demnächst beim Obergerichte, ebenfalls ohne die Partheien weiter zu einer Verhandlung zu veranlassen, das Erkenntniß sofort abgegeben worden ist, wodurch er, Bekl., wieder verhindert ward, seine Recusationsgründe gegen einige Mitglieder des Obergerichts vorzutragen und allenfalls um Actenversendung zu bitten.

Außerdem entsteht noch daraus, daß nicht die Acten selbst an das Obergericht eingesandt wurden, und daß die obergerichtliche Sentenz nicht auf die vollständigen niedergerichtlichen Acten gebauet worden ist, ein wesentlicher Mangel. Denn wenn auch dies unter andern Umständen für eine unwesentliche Förmlichkeit geachtet werden dürfte:

arg. § 1. tit. 34. Thl. III. der C.-G.-O.

so ist es doch im vorliegenden Falle ein wesentlicher Mangel geworden, weil das Niedergericht versäumt hatte, in seinem Bericht zu bemerken, daß die Sache noch in dilatoriis schwebe; wodurch das Obergericht veranlaßt wurde anzunehmen, es sei bereits in der Hauptsache duplicirt, mithin die Litis-Contestatio in der Hauptsache erfolgt, die doch noch nicht Statt gehabt hatte, und auf diese irrige Voraussetzung in facto

allein die Entscheidung über die gegen den Dr. Meyerfieck angebrachte Recusation zu bauen.

Aus den bisher ausgeführten Gründen mußte demnach die Sache zum anderweiten Verfahren und Erkenntniß an das Obergericht zurückverwiesen werden, wie im Urtheil näher angegeben worden ist: und wird zu den Recusationen, worüber das neue Erkenntniß zu entscheiden hat, auch die von dem Niedergerichts-Procurator Dr. Lembke verweigerte Theilnahme an Abfassung des Erkenntnisses in der gegenwärtigen Sache mit gehören, da selbiger seine Ablehnung bloß in Beziehung auf die von dem Bekl. gegen die Mitglieder des Niedergerichts vorgebrachten Recusationsgründe erklärt und von den letzteren abhängig gemacht hat.

Was die Kosten anlangt, so waren selbige, wie im Urtheil geschehen, zu compensiren, da die Beschwerden des Bekl. zum Theil verworfen, zum Theil als begründet befunden worden sind.

LI. (77.)

Gemeinträger contra Gemeinträger.

In Sachen Gemeinträger (Nuppenau et cons.), Bekl. Appellanten und Querulanten,

contra

Gemeinträger (Franck), Kläger, Appellaten, Querulaten, wurden die Beschwerden der Beklagten mittelst O.-A.-Gerichtl. Erkenntnisses vom 24. April 1827 sowohl als unstatthaft, wie auch als unbegründet sofort ohne Vernehmung des Gegners und ohne Einforderung der Voracten verworfen, aus folgenden Entscheidungsgründen:

Als unstatthaft stellt sich

1) die Appellation schon wegen offenbaren Mangels der Appellationssumme dar, indem, wie die Beklagten selbst anerkennen, hier nicht über Gerechtsame gestritten wird oder

überhaupt über einen Gegenstand von unbestimmter Schätzung, bei welcher es auf gar keine Appellationssumme ankommt, sondern vielmehr über den bestimmten Antheil des Klägers an dem von den Beklagten verdienten Arbeitslohn, welchen Antheil die Herren der Wette ex aequo et bono auf 3 ℔ festgesetzt haben. Die durch den § 14. des Nachtrags zur V. von 1814 für die Berufung des O.-A.-Gerichts vorgeschriebene Appellationssumme ist also bei Weitem nicht vorhanden. — Nun ist es freilich vollkommen richtig, daß sowenig die einfache als die Nichtigkeitsbeschwerde an irgend eine Summe gebunden seien. Indeß kann dieser Einwand hier nicht in Betracht kommen, indem, um von dem Rechtsmittel der Appellation Gebrauch machen zu können, das Dasein der Appellationssumme ganz allgemein und unbedingt erfordert wird, gleichviel, ob jene Rechtsmittel damit verbunden werden oder nicht, ingleichen, ob von einem in voriger Instanz über eine einfache und Nichtigkeits-, oder ob von einem über eine Appellationsbeschwerde ergangenen Erkenntnisse appellirt wird, sowie endlich, ob durch die Appellation bloße Appellations- oder ob dadurch vielmehr wirkliche Nichtigkeits-Beschwerden verfolgt werden.

Nicht minder unstatthaft ist aber auch

2) die einfache Beschwerde gegen das Erkenntniß des Obergerichts, indem es allgemeine Regel ist, daß gegen richterliche Bescheide, welche der Rechtskraft fähig sind, nur eigentliche Rechtsmittel, im Gegensatze bloßer gegen den Richter selbst gerichteter einfacher Beschwerden, Statt haben. Für einen solchen, der Rechtskraft fähigen Bescheid ist nun aber ein Decret, welches ein eingewandtes Rechtsmittel als unbehörig verwirft, mithin über die Statthaftigkeit desselben erkennt, allerdings zu achten, und läßt sich auch dagegen der Umstand nicht geltend machen, daß das Decret bloß auf einseitigen Antrag der Beklagten sei erlassen worden, indem dadurch die Rechtskraft jenes Bescheides nicht ausgeschlossen wird.

vgl. Gönner im Handb. d. Proc. № 56. § 6—8.
Grolman, Theorie des Verf. § 100. 101.

Soviel endlich

3) die Nichtigkeitsbeschwerde anbetrifft, so können bei dem O.-A.-Gericht nur Nullitätsklagen gegen Erkenntnisse der Obergerichte, nicht aber unmittelbar gegen Erkenntnisse der Untergerichte angebracht werden. Wenn man daher auch dem Bekl. darin Recht geben müßte, daß vor der Wette durch Unterlassung der von ihnen ausdrücklich verlangten Beeidigung der vernommenen Zeugen nichtig sei verfahren worden, so würde doch eine Nichtigkeitsbeschwerde darüber beim O.-A.-Gericht nur unter der Voraussetzung statthaft sein, daß sich auch das Obergericht dieser Nullität ebenfalls theilhaftig gemacht hätte. Davon kann aber, da das Obergericht in die Materialien der Sache gar nicht eingegangen ist, mithin das Verfahren des Unterrichters keineswegs gebilligt oder bestätigt, sondern lediglich das eingewandte Rechtsmittel als unbehörig, mithin als an die zweite Instanz nicht erwachsen, verworfen hat, überall nicht die Rede sein. Daß aber in dieser Verwerfung des Rechtsmittels an und für sich höchstens eine unrichtige Beurtheilung der Sache liegen könnte, keineswegs aber eine Nullität, das ist von selbst einleuchtend.

Allein man muß auch der Entscheidung des Obergerichts über die Unstatthaftigkeit des an dasselbe gebrachten Rechtsmittels vollkommen beipflichten, und stellt sich mithin die dawider erhobene Beschwerde der Bekl. zugleich als offenbar ungegründet dar.

Denn, wenn sich auch, da es klar vorliegt, daß die gegenwärtige Sache, soweit davon appellirt worden, nach allgemeinen Grundsätzen eine wirkliche Justizsache sei, gegen den ersten vom Obergericht gebrauchten Entscheidungsgrund, daß nämlich die Wette bloß als Polizei-Behörde und nicht als Gericht verfügt habe, erhebliche Zweifel mögten aufstellen lassen, so bleibt doch der andere Grund, der Mangel der Appellationssumme, unerschüttert stehen, und mußte schon aus diesem allein die Sache, als an das Obergericht überall nicht erwachsen, allerdings rejicirt werden.

Daß jener Mangel wirklich vorhanden sei, kann nicht bestritten werden, da das objectum litis et gravaminis, wie

schon erwähnt, nicht mehr als 3 ℔ beträgt, zur Berufung an das Obergericht aber wenigstens eine Summe von 50 ℔ erfordert wird.

Ebenso unläugbar ist es aber auch, daß es auf das Dasein dieser Summe wesentlich ankomme. Denn theils haben die Beklagten in zweiter Instanz, wie sowohl die Einwendung des Rechtsmittels, als dessen Rechtfertigung ergiebt, wirklich nur die Appellation wider das Wette-Erkenntniß zur Hand genommen, und deren Statthaftigkeit ist durch das Dasein der Appellationssumme bedingt; theils konnte auch das ergriffene Rechtsmittel aus gar keinem andern Gesichtspunkte als aus demjenigen der Appellation betrachtet werden. Denn, da die Bekl. den Beschwerden-Libell erst am Ende der vierten Woche nach Eröffnung des Wette-Erkenntnisses beim Obergericht einreichten, mithin die in § 12. des Nachtrags zur V. vom Jahre 1814 für die Nichtigkeitsbeschwerde wider Erkenntnisse der Untergerichte vorgeschriebene dreiwöchige Frist versäumt hatten, so konnte von einer Nullitätsquerel gegen das Wette-Erkenntniß nicht mehr die Rede sein. Und, wenn die Beklagten die Nichtigkeit annoch auf dem Wege der Appellation wollten geltend machen, so stand ihnen wiederum der Mangel der Appellationssumme entgegen.

Daß aber gegen eine wirkliche Sentenz, wie die Wette solche in dem Erkenntnisse vom 30. Januar d. J. abgegeben hat, keine einfache Beschwerde erhoben werden konnte, das ist schon oben gesagt worden.

Endlich aber läßt sich auch daran nicht zweifeln, daß es auch bei der Appellation von Wette-Erkenntnissen an das Obergericht allerdings auf das Dasein der Appellationssumme ankomme. Zwar erwähnt der § 25. der V. über das Gerichtswesen von 1814 der Appellationssumme nur in Beziehung auf die Appellation von Erkenntnissen des Nieder- und des Land-Gerichts. Allein theils hat dies seinen Grund darin: daß zur Zeit des Erscheinens jener Verordnung die Wette bloß eine Polizei-Behörde war,

§ 1. der Verordn.

theils zeigt auch die Art und Weise, wie sich an den § 7. des Nachtrags zu jener Verordnung — welcher die Wette in den näher angegebenen Fällen ausdrücklich wieder für ein dem Nieder- und dem Landgericht coordinirtes Gericht erster Instanz erklärt — und an den § 8. desselben — welcher verfügt, daß auch von den Wette-Erkenntnissen an das Obergericht könne appellirt werden — die ganz generellen Appellabilitäts-Bestimmungen des § 9. ibidem anschließen, ganz deutlich, daß man auch in Hinsicht aller Requisite der Appellation keinen Unterschied unter dem Wette-Gericht und den andern Gerichten erster Instanz habe machen wollen.

Wenn daher gleich im § 9. des Nachtrags auf jenen § 25. der Verordnung hingewiesen wird, so kann dies nicht geschehen sein, um dadurch die Gerichte zu bezeichnen, bei denen es auf diese Appellationssumme ankommen solle, sondern nur, um die näheren Modalitäten anzudeuten, welche in Hinsicht der Appellationssumme selbst Statt haben sollen.

Aus diesen Gründen mußten demnach die sämmtlichen Rechtsmittel ohne Weiteres verworfen und die Beklagten in die Kosten verurtheilt werden.

LII. (79.)

P. Thee contra v. Bahlen Wwe.

In Sachen Peter Thee, Klägers, Appellanten,

contra

C. v. Bahlen Wwe.,

Erfüllung eines Vergleichs betr.,

erfolgte unterm 13. Februar 1827 ein bestätigendes Erkenntniß, aus dessen Entscheidungsgründen nur folgender Passus hervorzuheben ist:

„Der vom Kläger, zum Beweis des Art. 10. als Zeuge vorgeschlagene Commis der Bekl., Steen, ist von der Gegenseite mit Recht gänzlich recusirt worden. Denn, abgesehen

davon, ob der Zeuge nicht als eine Person, welche bei der Sache in Rathen und Thaten gewesen, von der Fähigkeit zum Zeugnisse ausgeschlossen sei,

Statut. V, 7, 15.

so steht demselben entschieden entgegen, daß er in Lohn und Brod der Beklagten steht, und solche Leute nach dem

Stat. a. a. O. 5.

zum Zeugniß unfähig sind, nicht nur für die Herrschaft, sondern auch gegen sie, da das Statut ganz allgemein redet, und auch das Zeugniß gegen den Brodherrn gewiß manche Bedenklichkeiten hat, besonders bei einem Commis und Handlungsdiener, welchem der Principal sein Vertrauen zu schenken genöthigt wird, was der Zeuge durch Zwang zum Zeugnisse zu verletzen genöthigt werden könnte."

LIII. (82.)

Wehde Ehefrau contra Blöckers Concursmasse.

In den Entscheidungsgründen zu dem confirmirenden Urtheil vom 5. Februar 1827 in Sachen

Wehde Ehefrau geb. Schmidt, Implorantin, Appellantin,

contra

Detlev Blöckers Concursmasse in Krumbeck,

einen reservirten Altentheil betr.,

wird für die Abweisung der Appellantin außer mehreren formellen Gründen auch der materielle geltend gemacht: daß die Inscription der Leibzucht unterblieben sei, und heißt es in dieser Beziehung daselbst:

„Dasjenige, was die Klägerin verlangt, geht darauf hinaus, daß sie mit ihrer Leibzucht den inscribirten hypothecarischen Gläubigern, nach deren Befriedigung an Capital und Zinsen aus dem Erlöse des Guts für sie nichts übrig bleibt, vorgezogen werden will. Nun hätte sie und ihr Ehemann

einen solchen Vorzug vor den jüngern hypothecarischen Gläubigern, zufolge des keineswegs bloß monitorischen

§ 43. der Hypoth.-Ordn. f. d. Landgebiet

sich allerdings sichern können, wenn sie -- was aber nach der klaren Vorschrift des

§ 22. l. cit.

durchaus von ihnen beantragt werden mußte und vom Hypothekenbuchführer in ihrem Interesse nicht von Amtswegen besorgt werden durfte — für die zeitige Protocollirung der bei dem Verkauf ihrer Stelle an den Cridar stipulirten Leibzucht Sorge getragen hätten. Ist nun aber dieses von ihnen versäumt, so kommt auch wider sie die Bestimmung des gedachten Gesetzes § 39.

zur Anwendung, daß bei entstehendem Concurse die protocollirten Gläubiger vor allen und jeden auch ältern nicht protocollirten Verpfändungen und sonst in den Rechten privilegirten Forderungen den unbedingten Vorzug genießen sollen; da unter den von der Vorschrift ausgenommenen absolut privilegirten Forderungen, die das Gesetz demnächst namhaft macht, der Altentheil durchaus nicht mitbegriffen ist. Vergebens beruft sich hiegegen die Klägerin darauf, daß sie und ihr Ehemann sich die fragliche Leibzucht und den Verkauf der Stelle an den Cridar *vorbehalten* hätten, mithin sie jetzt ihre Leibzucht **jure dominii reservati** geltend machen könnten. Denn einestheils sind die Altentheile wohl in der Regel bei dem Verkauf und der Uebergabe der Stelle vorbehalten, und doch fordert die Hypothekenordnung in den oben angeführten Stellen zur Conservation derselben ganz allgemein die Protocollirung, und anderntheils, so sind der Klägerin und ihrem Ehemann *die* Stücke des Altentheils, wobei von einem vorbehaltenen Eigenthum möglicherweise die Rede sein könnte, nämlich Kathen und Garten, bereits vergleichsweise eingeräumt worden. Was die Klägerin außerdem fordert, besteht in Leistungen, welche der Cridar bei dem Ankauf der Stelle übernommen hat, die, wenn man sie auch als wahre Reallasten der Stelle betrachtet, doch nicht unter den Gesichtspunkt eines theilweisen Eigenthumsvorbehalts derselben, sondern

nur unter den neuerdings bei dem Verkauf derselben daran constituirten dinglichen Forderungsrechten fallen, da Niemanden an der eigenen Sache eine Forderung zustehen, mithin eine solche erst in dem Augenblick existent werden kann, wo das Gut in fremdes Eigenthum übergeht. Solche reservirte Realrechte erscheinen daher ganz, wie solche, die am fremden Eigenthum constituirt werden; und es ist daher durchaus kein Grund abzusehen, sie als von einer gesetzlichen Vorschrift, welche zur Erhaltung derselben die Inscription in das Hypothekenbuch fordert, ausgenommen anzusehen."

LIV. (83.)

Brügmann contra Brügmann.

Die Entscheidungsgründe zum O.-A.-Gerichtl. Erkenntniß vom 12. März 1828 in Sachen

Brügmann contra Brügmann

finden sich in Heise und Cropp's Abh. Bd. II. p. 93—114. bei Erörterung der Frage

„über die Verpflichtung des Interimswirths, Unfälle zu ersetzen"

im Wesentlichen mitgetheilt.

LV. (84.)

Wwe. Evers contra Evers Debitmasse.

In Sachen Wwe. des F. E. Evers, Klägerin,

wider

die Debitmasse desselben, Bekl.,

ward die Klägerin mit der beanspruchten Privilegirung ihres Eingebrachten und Separation verschiedener Effecten aus dem Concurse ihres Ehemannes, mit welchem sie in unbeerbter Ehe

gelebt hatte, abgewieſen, und dieſe Abweiſung vom O.-A.-Gericht unterm 20. Februar 1828 aus dem Grunde beſtätigt, weil hier nicht das Lübſche Recht,

Stat. I, 5. art. 5. 7. 11.
= II, 2. = 31.
= III, 1. = 9. u. 12.

ſondern das zur Zeit der zwiſchen den Eheleuten geſchloſſenen Ehepacten geltende Franzöſiſche Recht

cod. civ. art. 1409. 1482.

zur Anwendung komme und nach

V. v. 4. Mai 1814. § 75.

den Parteien alle nach jenen Geſetzen wirklich erworbenen Rechte gegen einander geſichert werden ſollen, der gedachte Heirathsvertrag auch nicht weiter abgeändert worden, der § 90. der V. von 1814 aber — wornach angenommen werden ſolle, daß die im § 88. bemerkten Eheleute in Bezug auf ihre Vermögensrechte und auf die Rechte Dritter ſich nach dem Wiedereintritt des Lübſchen Rechts der vor dem 20. Auguſt 1811 geſetzlich und hergebracht geweſenen Gütergemeinſchaft unterworfen haben — nur von ſolchen Eheleuten handle, die ſich ohne Heirathsvertrag verehelicht haben.

LVI. (85.)

Grützmacher contra Neue Aff.-Comp. v. 1805.

In Sachen Grützmacher c. Neue Aff.-Comp. von 1805, Aſſecuranz-Ford. von 2303 ℔ 2 ß Crt. betr., war die bekl. Aff.-Comp. mit der Einrede der Verjährung in beiden untern Inſtanzen gehört und von der Klage entbunden worden.

Das O.-A.-Gericht beſtätigte die sent. a qua unterm 19. April 1828 aus folgenden Gründen:

„Die hier entſcheidende Hamb. Aff.-O. ſchreibt tit. 17. art. 2. ganz beſtimmt und deutlich vor:

„Fordert der Assecurirte nach geschehener Andeutung des Schadens in 10 Jahren den Schaden nicht ein, und belangt den Assecuradeur nicht mit wirklicher gerichtlicher Klage, so ist nach Verfließung solcher Jahre dessen Forderung gänzlich erloschen und der Assecuradeur oder dessen Erben weiter im Geringsten nicht gehalten." Im vorliegenden Falle ward nun die am 2. December 1814 erfolgte Strandung dem Bevollmächtigten der Assecuranz-Comp. schon am 15. ejusd. angedeutet, die Klage aber erst am 10. Juni 1826, also 11 Jahre, 5 Mon. und 26 Tage später erhoben. Die nach der einfachsten Rechnung hieraus sich ergebende Klagen-Verjährung ist auch durch die drei vom Kläger vorgebrachten Repliken nicht beseitigt oder unwirksam geworden. Er hat nämlich

1) behauptet, die Verjährung erfordere bonam fidem, es habe aber auf Seiten der Ass.-Comp. mala fides Statt gefunden. Allein, da hier von der Extinctiv-Verjährung die Rede ist, so erscheint diese Replik schon nach gemeinem Rechte als ganz verwerflich, indem es jetzt fast ganz allgemein angenommen wird, daß die Bestimmung des Römischen Rechts, wornach es bei solcher Verjährung auf guten oder bösen Glauben des Beklagten gar nicht ankommt,

l. 8. § 1. C. de praescr. 30. u. 40. annor. (7, 39.)

durch das Canonische Recht

c. 5. et ult. X. de praescript. (2, 26.)

keineswegs ganz aufgehoben ist,

Seuffert, Erört. einzelner Lehren des R. R. 1. Abth. №. 17. c. 3.

sondern, daß auch nach Canonischem Rechte bei der Klagenverjährung höchstens nur in dem einzigen Falle ausnahmsweise guter Glaube auf Seiten des Verjährenden erfordert werde, wenn derselbe im Besitz einer fremden Sache ist, die der Eigenthümer zurückfordert,

Möllenthiel, üb. d. Natur des guten Glaubens bei der Verj. §. 16.

ein Fall, der hier offenbar nicht vorhanden ist.

Völlig entscheidend ist aber die bereits angezogene Vorschrift

der Hamb. Ass.-Ord., welche zur Verjährung nichts weiter erfordert, als den Ablauf der Zeit.

Ja sie nimmt sogar ausdrücklich die Zeit der Andeutung des Schadens als den Anfangsgrund der Verjährung, mithin setzt sie voraus, daß der Versicherer Kenntniß von dem Anspruch des Versicherten erhalten habe. Und mehr als diese Wissenschaft von dem Anspruche läßt sich in gegenwärtigem Falle den Geschäftsführern der Ass.-Comp. gar nicht vorwerfen. Insbesondere kann man nicht annehmen, daß sie auch von ihrer Verbindlichkeit zum Ersatz des angedeuteten Schadens überzeugt gewesen sein, da dieselben allem Anscheine nach von Anfang an behauptet haben, was in ihrer Antwort auf die Klage bestimmt gesagt und mit Gründen unterstützt ist, daß sie deswegen zum Ersatz des Schadens nicht schuldig seien, weil der Versicherte zur Zeit des Abschlusses der Assecuranz den Unfall schon gewußt habe oder doch habe wissen können. Denn das vom Kläger selbst beigebrachte Notariats-Document vom 7. Januar 1815, wornach jede Erklärung über den Verkauf des geborgenen Schiffs-Inventars abgelehnt wurde, läßt nicht füglich eine andere Deutung zu, als daß schon damals die Compagnie sich zum Schadensersatz nicht schuldig gehalten habe.

Unter diesen Umständen würde selbst nach dem Hamb. Stadtrechte,

lib. I. tit. 21. art. 2.

welches freilich die Klagenverjährung dann nicht zuläßt, wenn der Beklagte „die Zeit über in mala fide constituirt und ein bös Gewissen erlangt", die Einrede der Verjährung wohl gestattet werden müssen. Wäre dies aber auch nicht anzunehmen, so beseitigt sich doch der aus diesem Statute etwa herzunehmende Zweifel dadurch, daß dasselbe sogar in Hamburgischen Gerichten, bei der allgemeinen und bestimmten Vorschrift der Ass.-Ordnung, welche nur den Zeitablauf erfordert, und diesen von einem Zeitpunkte anfangen läßt, der ordentlicherweise den Assecuradeur von einer ihn treffenden Zahlungsverbindlichkeit in Kenntniß setzt, in Assecuranz-Sachen nicht entscheiden könne; und

daß in vorliegender Sache, worin die Lübeckische Assecuranz-Compagnie sich zwar vertragsweise der Hamburgischen Assecuranz-Ordnung, keineswegs aber der ganzen Hamburgischen Legislative unterworfen hat, aus jenem Statut gar kein Entscheidungsgrund herzunehmen ist. Hier können nämlich, insoferne die Assecuranz-Ordnung selbst nicht ohne Weiteres ausreicht, in subsidium nur die, auch sonst in Lübeck geltenden Rechtsnormen zur Anwendung kommen.

2) Die zweite Replik, worauf der Kläger das meiste Gewicht legt, besteht darin, daß er außer Stande gewesen sei, innerhalb der Verjährungszeit Klage zu erheben, weil ihm die Verklarung, welche er bald nach der Andeutung des Schadens dem Bevollmächtigten der Ass.-Comp. zugestellt, erst am 6. Februar 1825, also nach Ablauf jener Zeit, zurückgegeben sei. Er geht nämlich hiebei davon aus, daß eine Klage auf Schadensersatz aus einer See-Assecuranz sich auf eine Dispache stützen müsse, und daß letztere nur auf Grundlage der Verklarung aufgemacht werden könne. — Nun kann man es aber füglich dahin gestellt sein lassen, ob überall eine factische Unmöglichkeit zur Anstellung der Klage, wenn solche auch von dem Gegner selbst herrührt, den Lauf der Verjährung sistiren könne, da theils diese Unmöglichkeit hier gar nicht vorhanden gewesen ist, theils die Beseitigung jedes etwanigen Hindernisses in der eigenen Hand des Klägers lag. Denn es war dem Kläger unbenommen, unter Vorbehalt der Liquidation, bloß auf Schadensersatz zu klagen, womit der Ass.-Ordn. ein Genüge geschehen wäre. Ueberdies konnte er sich entweder eine neue Ausfertigung der Verklarung kommen lassen, oder die Zurücklieferung des der Bekl. zugestellten Exemplars nöthigenfalls gerichtlich beantragen, und kann sich daher auf die, in ihrer Allgemeinheit ohnehin nicht zu billigende Regel: agere non valenti non currit praescriptio, keineswegs berufen, sowenig als auf die culpa des Assecuranz-Bevollmächtigten, welche freilich in der Vorenthaltung der Urkunde lag; denn Jeder ist nur soweit die Folgen seiner culpa zu tragen schuldig, als solche bei gehörigem Benehmen des Beschädigten unvermeidlich waren.

3) Endlich hat Kläger noch den Geschäftsführern der Compagnie vorgeworfen, daß sie ihm die Verklarung dolose bis nach eingetretener Verjährung vorenthalten hätten, und insofern dieser Vorwurf wahr wäre, könnte die Einrede der Verjährung wohl als verwerflich erscheinen, weil Niemand aus seinem dolus Vortheil ziehen darf, und weil die Folgen des dolus für den dolose Handelnden dadurch, daß der Verletzte selbst in culpa ist, noch nicht gehoben werden.

l. 9. §. 4. i. f. D. ad L. Aqu. (9, 2.)

l. 45. §. 1. D. de act. emti et vend. (19, 1.)

Auch möchte wohl deshalb, weil die Beschuldigung des dolus erst in zweiter Instanz und ganz besonders in der gegenwärtigen hervorgehoben ist, noch kein Verlust dieser Replik anzunehmen sein, da dieser Vorwurf doch mit Demjenigen, was schon in erster Instanz in der Replikschrift vorgekommen ist, zusammenhängt und allenfalls als eine weitere Entwickelung des früher Vorgetragenen angesehen werden kann.

l. 4. Cod. de tempor. et repar. appell. (7, 63.)

Demnach konnte allerdings die Frage entstehen, ob nicht dem Kläger noch der Beweis des von ihm behaupteten, von den Gegnern aber nicht eingeräumten dolus nachzulassen sei? Allein hiezu ist der Vorwurf viel zu allgemein und unbestimmt vom Kläger hingeworfen. Wer in der Absicht, jedenfalls zum Beweise des dolus gelassen zu werden, seinem Gegner diesen Vorwurf macht, der muß sich auch mit der gehörigen Bestimmtheit darüber erklären und insbesondere angeben, warum er eine Thatsache, die sich eben so gut und vielleicht noch besser ohne Annahme eines dolus erklären läßt, dem bösen Vorsatz seines Gegners beimessen will. In concreto spricht aber Nichts für jene Annahme, vielmehr konnte es kein unwirksameres Mittel zur Herbeiführung der Verjährung geben, als die bloße Vorenthaltung des den Assecuradeuren zugestellten Exemplars der Verklarung.

LVII. (86.)

Jandin u. Ehefrau contra Aelteste des Stuhlmacheramts (Urth. v. 7. Mai 1828).

Aus den Entscheidungsgründen:

„Es ist der Vorschrift ausdrücklicher Gesetze
J. R. A. § 162.
und dem Gerichtsgebrauch gemäß, daß, so oft eine Verbindlichkeit, Etwas zu unterlassen, geltend gemacht wird und eine Besorgniß künftiger Verletzungen eintritt, der Richter dem Impetraten auch pro futuro dieselben verbietet und dem Erkenntnisse zu Aufrechthaltung des Verbots eine Strafandrohung beifügt."

LVIII. (88.)

Krämer u. Gewandschneider c. Timm u. Schneideramt.

Durch das die Erkenntnisse der Wette vom 25. April und des Obergerichts vom 5. October 1826 bestätigende O.-A.-Gerichtl. Urtheil vom 29. October 1827 und dessen Entscheidungsgründe in Sachen der

Aeltesten der Krämer-Compagnie und der Gewandschneider-Comp., Kläger, Appellanten,
wider
D. D. Timm, Bekl., und die Aeltesten des Schneider-Amts, Intervenienten, Appellaten,

ist anerkannt:

I. daß die Mitglieder des Schneideramts wohl befugt sind,

a) Kleidungsstücke zum gelegentlichen Absatz zu arbeiten und zum Verkauf auszuhängen,

b) die Materialien im Vorrath zu haben, und solche zur Verfertigung von Kleidungsstücken zum gelegentlichen Absatz oder zu bestellten Arbeiten zu verwenden,

sofern nicht die Kläger ein entgegenstehendes Verbietungsrecht nachweisen könnten; daß aber

II. die Schneider nicht befugt seien, ein eigentliches Lager von den zu Kleidungsstücken erforderlichen Stoffen zu halten und diese ihren Kunden zur Auswahl und zum Kauf vorzulegen.

LIX. (89.)

Kröger contra uxorem.

In Sachen Kröger contra uxorem, worin Ersterer mit seinem auf Ehescheidung wegen „unversöhnlichen Hasses und tödtlicher Feindschaft" gerichteten einseitigen Antrage von den untern Instanzen abgewiesen war, ward solche Abweisung auch vom O.-A.-Gericht durch Erkenntniß vom 14. Mai 1828 bestätigt, in dessen Entscheidungsgründen gesagt ist:

Der Grundsatz, daß nach protestantischem Kirchenrecht Alles, was das Wesen der Ehe dauernd vernichte und die Erreichung des Zwecks derselben unmöglich mache, ein vollwichtiger Grund zur gänzlichen Trennung des Ehestandes sei, und daher auch in unversöhnlichem Haß und tödtlicher Feindschaft eine gültige Ehescheidungsursache liege, ist freilich von manchen protestantischen Gerichten als richtig angenommen. Allein auf der einen Seite läßt sich doch eine allgemeine Praxis keineswegs behaupten, und wird vielmehr von den bewährtesten Rechtslehrern der unversöhnliche Haß der Ehegatten und eine unüberwindliche Abneigung durchaus nicht für einen gültigen Grund, um eine Ehe quoad vinculum zu trennen, anerkannt, in welcher Hinsicht es genügt, sich unter den Aeltern auf

J. H. Böhmer, J. E. Pr. Lib. IV. tit. 19. §. 42.

und unter den Neuern auf

Runde, Beiträge zur Erläut. rechtl. Gegenst. I. N. 18.

zu beziehen.

Auf der andern Seite aber sind auch die bedenklichen Folgen der gegentheiligen Ansicht nicht zu verkennen, da sich Ehegatten um so weniger zur Verträglichkeit, Duldsamkeit und Nachgiebigkeit werden aufgefordert finden, je sicherer sie darauf rechnen können, durch die entgegengesetzten Gesinnungen eine Wiederauflösung des ihnen vielleicht überdrüssig und lästig gewordenen ehelichen Verhältnisses zu erwirken.

Jedenfalls müßte, um auf Trennung aus jenem Grunde zu erkennen, vorausgesetzt werden, daß beide Theile auf eine solche Trennung antragen, oder doch daß der darauf antragende Theil der unschuldige Theil sei, was in concreto nicht anzunehmen. Die laxeren Grundsätze neuerer Gesetzgebungen, wie z. B.

des Preuß. Landrechts, Thl. II. tit. I. §. 717. 718 a. b.

— wornach in besonderen Fällen bei tief eingewurzeltem Widerwillen die Ehe selbst wider den Willen des andern Ehegatten getrennt werden kann, insofern nur der die Scheidung begehrende Ehegatte die gesetzlichen Nachtheile des schuldigen Theils will über sich ergehen lassen — widerstreiten durchaus den Principien des gemeinen Rechts, indem sie den Ehegatten gestatten, auf den Grund der eigenen Schuld die wohlerworbenen Rechte des Andern zu vernichten und im Resultat darauf hinauslaufen, daß man sich von einer Ehe, in welcher solche Unversöhnlichkeit eingetreten ist, loskaufen könne.

LX. (90.)

Dr. Leithoff contra Amt der Steinbrücker.

In Sachen Dr. Leithoff, Bekl., wider das Amt der Steinbrücker, Kl.,

ward das Erkenntniß des Obergerichts und der Wette, wodurch Beklagter wegen Adhibirung eines Arbeitsmanns zu Steinbrückerarbeiten auf seinem Hofe in die Proceßkosten und einen Schadensersatz von 10 ℔ verurtheilt worden, un-

vom 30. November 1827 vom O.-A.-Gericht wieder aufgehoben und Beklagter von der Klage, unter Kostenvergleichung, entbunden, weil jener Arbeitsmann, obgleich dessen Lohn zu 10 ß für den Tag (Tag aus, Tag ein) bedungen und obgleich es mit der Erfüllung seiner Dienstobliegenheiten nicht so genau genommen, derselbe namentlich auch nicht angehalten worden, im Hause des Brodherrn zu schlafen, doch gegen die Ansicht der untern Instanzen als ein in Kost und Lohn stehender wahrer Dienstbote des Beklagten betrachtet ward.

LXI. (91.)

Allgemeine Pensions-Anstalt in Hamburg contra Joh. Nic. Bahrt.

In Sachen der allgemeinen Pensions-Anstalt in Hamburg, Kl.,

wider

Joh. Nic. Bahrt zu Lübeck, Bekl.,

Forderung für zu leistende Beiträge betr.,

worin durch O.-A.-Gerichtl. Urtheil vom 30. Juni 1828 die Erkenntnisse der vorigen Instanzen bestätigt worden, ist anerkannt, daß, in Ermangelung entgegenstehender ausdrücklicher Vorschriften, die Freiheit des Ausscheidens aus Actiengesellschaften, wie die klägerische (Lebensversicherungs-Anstalt), in der Regel jedem Interessenten unbenommen sei, wenn er auf den Ersatz der bisherigen Einlagen und auf alle künftigen Vortheile verzichte. Dies könne auch, fügen die Entscheidungsgründe hinzu, nach der Natur der Sache nicht anders sein, da man auf die Vermögensumstände des Eintretenden, der seine Einlage bezahle, gar keine Rücksicht nehme und ein Festhalten aller Eingetretenen durch gerichtliche Zwangsmittel kaum möglich, jedenfalls aber viel zu umständlich und viel zu kostspielig sein würde. Auch könne bei

einem mit gehöriger Sorgfalt bearbeiteten Plane die Freiheit des Ausscheidens für eine solche Anstalt niemals verderblich werden, sondern dieselbe müsse vielmehr durch die damit verknüpften Einbußen der austretenden Actionaire gewinnen, ꝛc.

LXII. (95.)

v. Bahlen Wwe. contra Nitzky.

In den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 30. September 1828 in Sachen

v. Bahlen Wwe., Bekl., c. Nitzky, Kläger,

ist ausgesprochen:

I. Ein inter praesentes gegebenes Versprechen (hier eines gebührenden Lohns für die Dienste eines Handels-Factors, des Klägers) gilt schon durch die unterbliebene Zurückweisung als angenommen.

II. Die l. 56. § 3. D. mand.

und l. 17. Cod. eod.

wornach ein salarium incertae pollicitationis nicht gefordert werden kann, beziehen sich nur auf solche Dienstleistungen, welche ihrer Natur nach keinen eigentlichen Lohn zulassen und darum nicht Gegenstand der entgeltlichen locatio operarum, sondern nur des eigentlich nicht entgeltlichen Mandats sind. Sind die Dienste solche, quae locari solent, und welche, wenn nur certa merces bestimmt wäre, eine locatio conductio operarum begründen würden, so entscheiden andere, ebenso bestimmte Stellen, daß, wenn auch wegen Mangels der Bestimmtheit nicht mit der actio locati auf den Lohn geklagt werden könne, doch wegen der Absicht, überhaupt einen Lohn geben zu wollen, actio praescriptis verbis eintrete.

§ 1. J. de loc. et cond.

l. 22. D. praescr. verb.

III. Die Rechtsparömie

Lüb. Stat. III, 8. § 7.

„daß, wer auf Gnade dient, auch der Gnade warten soll," leidet auf denjenigen, welchem eine gebührende Belohnung seiner Dienste zugesichert ist, keine Anwendung.

IV. Nach Lübschem Proceß zieht nur die Unterlassung der ersten Haupthandlung des Beklagten die poena confessi et convicti nach sich,

Lüb. Stat. V. 4, 1.

Ger.-Ordn. v. 1814. § 13.

auf andere Proceßhandlungen ist dies um so weniger auszudehnen, als die Ger.-Ordn. l. c. ausdrücklich vorschreibt, daß außer der Beantwortung der Klage jeder Schriftsatz bei Strafe der Ausschließung (also nicht des Eingeständnisses) in der vorgeschriebenen Frist beigebracht werden solle.

LXIII. (97.)

Böhme, Denunciant, wegen Bierzwangs.

In Sachen des Pächters Böhme zu Behlendorf, Denunciantens, wegen Einbringung fremden Biers in das zwangspflichtige Dorf Siercksrade,

war von dem Landgericht die Anfangs eingeleitete amtliche Untersuchung sistirt worden, weil es sich als zweifelhaft ergab, ob eine wirkliche Contravention vorliege. Das Obergericht bestätigte den desfallsigen Bescheid des Landgerichts und auch das O.-A.-Gericht erkannte am 30. Mai 1829:

„daß es bei dem die Fortsetzung der Official-Untersuchung für unstatthaft erklärenden Obergerichtl. Erkenntnisse zu belassen, jedoch dem Denuncianten die Verfolgung seiner Ansprüche gegen die Denunciaten im gewöhnlichen Rechtswege unbenommen sei;"

„weil die dem Appellanten in seinem Pachtcontract allerdings zugesicherte Hülfe einer auf seine bloße Denunciation vom Gericht einzuleitenden Untersuchung und Bestrafung der Contravenienten als eine wahre Anomalie erscheine, die ihren

Grund in frühern, jetzt veränderten, Verhältnissen habe und daher nur da eintreten könne, wo es keinem Zweifel unterliege, daß das denuncirte Factum wirklich den Charakter einer Contrabention an sich trage."

LXIV. (93.)

A. Wehde zu Curau contra Steen Wwe. das.

In Sachen A. Wehde zu Curau, Bekl.,

contra

Steen Wwe. daselbst, Kl.,

den ausschließlichen Besitz eines Redders, in specie Beweis betr.,

ist in den Entscheidungsgründen des die sent. a qua bestätigenden Urtheils vom 25. Februar 1828 ausgesprochen:

I. Da das Eigenthumsrecht schon von selbst ausschließend ist, so schließt der Beweis desselben den Beweis des Besitzes eines jus alios prohibendi per indirectum in sich.

II. Der bei dem Eigenthum geltende Grundsatz, daß Veränderungen nicht vermuthet werden, läßt sich nicht ohne Weiteres auch auf den Besitz ausdehnen.

v. Savigny, v. Besitz, § 35. S. 354. (4. Ausg.)

III. Auf Veranlassung der Nov. 90. c. 4. verordnet das Canonische Recht sehr bestimmt: daß nach eröffnetem Zeugenrotulus über dieselben oder die gerade entgegengesetzten Artikel keine neuen Zeugen abgehört werden sollen.

c. 17. X. de test.

Clement. 2. eod.

Zugleich ist dort ausdrücklich vorgeschrieben, daß diese Beschränkung des Vorschlags neuer Zeugen durch die Appellation und durch das damit verknüpfte beneficium von probata probandi nicht ausgeschlossen werden solle. Nun ist freilich die Gültigkeit dieser Vorschrift in weltlichen Gerichten früher oft bezweifelt, namentlich auch in Deutschland, weil die Reichsgesetze

Kammer-Ger.-Ordn. v. 1555. Th. 3. tit. 33. § 5.
J. R. A. § 73.

das beneficium novorum unbeschränkt wiederholten; namentlich sind dieser Meinung

Carpzov, Jurispr. for. I. 21, 2.
Müller, ad Struv. XXVIII. 46. not. y.
Mevius, decis. VIII. 48.
Cramer, Obs. jur. univ. I. 324.

Aber die dafür angeführten theoretischen Gründe sind sehr unbedeutend, da das Canonische Recht bei uns im Ganzen gilt, namentlich in der Proceßlehre, und da die Reichsgesetze durch die allgemeine Anerkennung des beneficii novorum natürlich nicht die speciellen Beschränkungen aufheben, welchen dies beneficium schon früher unterworfen war. Was aber die Behauptung der Schriftsteller anbetrifft, so ist unter diesen niemals Einhelligkeit gewesen, sondern über den hier entscheidenden Rechtssatz immer gestritten worden.

Mynsinger, Obs. I. 41.
Hartmann Pistoris quaest. jur. IV. 24.
Cannegiesser, Decis. Hasso-Cassell. I. 80.

und in neuern Zeiten hat sich die Meinung der Processualisten so sehr für die Gültigkeit der Vorschrift des Canonischen Rechts entschieden, daß nur noch wenige von der älteren Controverse wissen.

J. H. Boehmer, J. E. Pr. II. 20. § 29.
Pufendorf, Obs. I. 157. II. 167. III. 109.
Ekaproth, ord. Proc. II. § 288.
Danz, ord. Proc. § 301. a. E.
Hofacker, princ. jur. III. § 4486. 4571.
Martin, Proceß § 284. not. g.

Wenn nun hiernach das beneficium novorum die Vorschrift des Canonischen Rechts nicht bei Seite zu setzen erlaubt, so entsteht die viel schwierigere Frage, ob nicht die neue Auffindung von Zeugen solche Beiseitsetzung rechtfertige. Nun führen zwar die mehrsten Schriftsteller bei genauer Aufzählung der Ausnahmen, nach welchen post publicationem rotuli

neue Zeugenabhörung Statt finde, den Fall der testes noviter reperti nicht mit auf,

Gail, Obs. I. 105.

Berlich, Conc. I. 51.

Brunnemann, Proc. civ. 20. N. 83. 84.

J. H. Boehmer, J. E. Pr. II. 20, 28.

indeſſen erklären ſich doch mehrere, welche die hier vorliegende Frage ſpeciell berühren, wenn gleich meiſtens nur im Vorbeigehen, für die Zulaſſung der noviter reperti testes.

Pütter, Rechtsf., Bd. I. Dec. 49. N. 31.

Overbeck, Medit. Th. 5. S. 292.

Gönner, Handbuch, Th. 2. Abh. 40. § 19.

Thibaut, Pand. Th. 3. § 1200.

Nichts deſtoweniger iſt die entgegengeſetzte Anſicht durchaus die richtige.

Die Beſchränkung der neuen Zeugenabhörung iſt nämlich nicht eine Strafe der Saumſeligkeit des Producenten, wie der Verluſt der Beweismittel nach abgelaufener Beweisfriſt, ſondern beruht auf dem metus subornationis und auf der Anſicht, daß auf die Ausſage ſpäter abgehörter Zeugen, nachdem die Ausſage der frühern einmal bekannt geworden, weder formell noch materiell viel gegeben werden könne, und dieſer Grund tritt post publicationem rotuli bei testes noviter reperti ebenſogut ein, als bei früher bekannten. Mit dieſem Geſichtspunkte hängt es denn auch ganz conſequent zuſammen, wenn die ältern Schriftſteller annahmen, daß ſelbſt minores gegen das Verbot einer neuern Zeugenabhörung post publicationem rotuli nicht reſtituirt werden.

Faber, Cod. def. lib. 4. tit. 15. def. 17. 39.

Aber auch die Quellen ſelbſt entſcheiden die Frage nicht anders.

Es muß nämlich der Producent nach

Nov. 90. c. 4.

wenn er nach der tertia productio den früher producirten Zeugen noch neue beifügen will (wofür bei uns ſchon der Fall zu halten iſt, wenn dies überhaupt nach dem Beweistermine geſchehen ſoll), einen Eid über zwei Punkte leiſten:

1) daß er die neuen Zeugen früher nicht habe produciren können und
2) daß ihm die Aussage der früher producirten Zeugen noch nicht bekannt geworden sei;

woraus klar hervorgeht, daß testes noviter reperti, wenn die Publication des rotulus einmal erfolgt ist, nicht weiter zugelassen werden sollen.

Nach dem Vorstehenden würde also der Beklagte mit den neu aufgefundenen Zeugen nur alsdann zuzulassen sein, wenn seine Artikel weder denselben noch den gerade entgegengesetzten Inhalt hätten, als worüber die frühere Abhörung Statt gefunden hat; wobei es denn auch keinen Unterschied machen kann, ob das Factum, worüber die Zeugen jetzt aussagen sollen, den früher abgehörten in Form eines Artikels oder Fragstücks vorgelegt wurde.

LXV. (98 A.)

Evers Debitmasse contra P. Thee.

In Sachen der Evers'schen Debitmasse, Bekl.,

contra

Peter Thee, Kl.,

Regreßforderung wegen eines Wechsels von 3000 ℔,

ward durch Urtheil vom 28. Februar 1829 die Obergerichtl. Sentenz bestätigt, wornach dem in der untersten Instanz gänzlich abgewiesenen Kläger der Beweis nachgelassen worden:

„daß zwischen ihm und dem Cridar Evers als Indossanten des fraglichen Wechsels eine ausdrückliche Vereinbarung bestanden, wodurch er, Kläger, in Betreff dieses Wechsels der Verbindlichkeit, zur Verfallzeit desselben gegen den Aussteller die nach Wechselrecht erforderlichen Maßregeln wahrzunehmen, enthoben und die Fortdauer der Verantwortlichkeit aus dem Indossament von dem Indossanten anerkannt worden sei."

Denn der Kläger hatte, heißt es in den Entscheidungsgründen, die desfallsige Behauptung, zeitig, in der Replik beigebracht und erlaubterweise in zweiter Instanz bestimmter und vollständiger angegeben,

cf. l. 4. Cod. de temp. et repar. appell. (7, 63.)

die Verbindlichkeit zur Protestlevirung ist aber eine rein privatrechtliche, lediglich zum Behuf und zum Besten derjenigen Wechselverpflichteten, die für den Regreß haften, angeordnete, weshalb sie auch beliebig und vollgültig darauf verzichten können.

l. 41. D. de minor. (4, 4.)
l. 51. D. de episcop. et cler. (1, 3.)
l. 29. Cod. de pactis (2, 3.)

(98 B.)

In derselben Sache ward auf fernere Appellation beider Parteien durch O.-A.-Gerichtl. Urtheil vom 27. December 1830 unter theilweiser Abänderung der Sententia a qua

I. der Aussteller des qu. Wechsels wegen seines Interesses an dem Ausgang der Sache für einen unzulässigen Zeugen erkannt, wie dies auch vom Obergericht geschehen war.

II. Die von den vorigen Gerichten gestattete Reservation neuer, bei der Beweisantretung nicht namhaft gemachter Zeugen verworfen aus nachstehenden Gründen:

„Wären hier die vorigen Erkenntnisse hinsichtlich der Zulassung neuer Zeugen zu bestätigen gewesen, so würde der Antrag des Klägers, ihm auch die Aufstellung neuer Artikel für die nachträglich zu benennenden Zeugen zu gestatten, wohl zu beachten gewesen sein, weil einestheils die Beweisartikel sich nach der individuellen Wissenschaft der einzelnen Zeugen von der Sache richten müssen, mithin häufig der Fall eintritt, daß für mehrere Zeugen, auch wenn sie über dasselbe Hauptthema aussagen sollen, wenigstens nicht durchweg dieselben

Artikel brauchbar sind, sonach die Zulassung neuer Zeugen auch die Nothwendigkeit, neue Artikel für dieselben zu gestatten, involvirt, und weil andererseits das gemeine Recht es als etwas viel Unbedenklicheres ansieht, neue Zeugen über andere als neue Zeugen über dieselben Artikel, worüber die frühern vernommen sind, zu admittiren. Aber dieser Streitpunkt erledigt sich von selbst dadurch, daß der Vorbehalt, Zeugen, welche dem Producenten bei der Beweisantretung bereits bekannt waren, erst später namhaft zu machen, auch nach dem heutigen Lübschen Rechte nicht für statthaft angesehen werden kann.

Daß ein solcher Vorbehalt, noch hinterdrein neue Zeugen in Vorschlag zu bringen, nach dem ältern Lübischen Rechte nicht als gültig angesehen, sondern daß es nur Demjenigen, der mehr Zeugen, als zur Erbringung des Beweises erforderlich waren, besaß, gestattet war, sich die Abhörung der überflüssigen Zeugen durch ein Urtheil des Richters für den Fall vorzubehalten, daß von den principaliter vorgeschlagenen nothwendigen Zeugen der eine oder der andere ausfallen sollte, daß es aber hiebei die nothwendige Bedingung war, die Zeugen gleich Anfangs sämmtlich namhaft zu machen, das ergeben die Artikel der alten Codices mit völliger Klarheit und Bestimmtheit:

Lüb. Recht im Cod. lat. a 1235. art. 61.
(de Westphalen, monum. ined. III. p. 627.)
Cod. lat. a 1266. art. 48.
(Dreyer, verm. Abh. I. S. 457.)
Deutscher Cod. v. 1240. art. 48.
(Westphalen, l. c. p. 645.)
Cod. Brock., I. art. 49. II. art. 184. III. art. 180.
Kollius, Rechtsb. art. 24.

Zweifelhafter ist freilich die Fassung, welche die Vorschrift in dem

Rev. Lüb. Stat. V. 7. 1.

erhalten hat. Denn, wenn man auch auf der einen Seite geneigt sein möchte, anzunehmen, daß diese dem Lüb'schen

Rechte eigenthümliche Bestimmung von den Revisoren in demselben Sinne wiederholt sein werde, in welchem sie noch in demselben Jahre von Kollius angeführt worden ist; wenn es ferner auch hiefür zu sprechen scheint, daß im Eingange des Artikels die allgemeine Regel aufgestellt wird, „der Beweisführer solle die Zeugen alle auf einmal namhaft machen," und daß auch im Schlußsatze desselbennur der Vorbehalt gestattet ist, hernachmals mehr Zeugen vorzustellen, nicht aber mehr Zeugen zu benennen, welches Beides sowohl der Sache als der Zeit nach wesentlich von einander verschiedene Dinge sind,

s. z. B. die Hamb. Stat. v. J. 1497. E. 9. 12. (bei Anderson im Hamb. Pr.-Recht I. S. 407.)

Hamb. Stat. von 1603. Th. I. tit. 28. art. 23.

wobei auch die Worte: „bei Benennung der ersten Zeugen" nicht nothwendig im Gegensatz einer spätern Benennung neuer Zeugen, sondern gar füglich bloß von der Zeitbestimmung für die Einlegung des gedachten Vorbehalts zu verstehen sind — so läßt es sich doch auf der andern Seite nicht in Abrede stellen, daß der Artikel auch sehr wohl eine andere Auslegung leidet. Man kann nämlich den ersten Satz des Artikels bloß auf diejenigen Zeugen beziehen, welche der Beweisführer gleich von Anfang an neben einander zu benutzen gedenkt und ihn dahin verstehen, daß er diese alle auf einmal namhaft machen soll, den Schlußsatz aber im Gegensatz hievon dahin deuten, daß dem Producenten außerdem die nachträgliche Benutzung fernerer Zeugen zu gestatten sei, wenn er sich Solches nur gleich bei der Benennung der ersten Zeugen vorbehalten habe, bei welcher Annahme die Worte „bei Benennung der ersten Zeugen" den natürlichsten Sinn erhalten würden und die reservirte Vorstellung mehrerer Zeugen im weiteren Sinne von der vorbehaltenen Benutzung derselben zu verstehen wäre. Da nun diese letztere Auslegung nicht nur die ältere Praxis für sich hat,

Mevius, ad Jus Lub. lib. V. tit. 7. art. 1. № 6—9.

Stein, Abh. d. lübschen Rechts, Th. 4. § 210.

sondern, wie namentlich die vorliegende Sache ergiebt, auch noch jetzt von den Lübischen Gerichten angenommen wird, so würde ihr an sich der Vorzug vor der erstgedachten Auslegung zu geben sein. Allein entscheidend kommt es hiegegen in Betracht, daß in dem von dem Senate am 6. Februar 1756 erlassenen, nach der Lübischen Verfassung wahre Gesetzeskraft genießenden

s. Receß v. J. 1669. 1r Punct. (bei Becker in der Gesch. der Stadt Lübeck. Bd. III. S. 78. gegen das Ende)

„Gemeinen Bescheide" die letztgedachte Auslegung des in Frage stehenden Artikels der Statuten gemißbilligt und verworfen und derselbe in dem zuerst erwähnten, mit dem ältern Lüb. Rechte übereinstimmenden Sinne authentisch interpretirt worden ist.

Sammlung der Gem. Bescheide, S. 66. 67.

In diesem Gemeinen Bescheide nämlich wird es von dem Senate als der dürre Inhalt jenes Artikels der Statuten angeführt, daß der Zeugenführer alle von ihm zu producirende Zeugen auf einmal namhaftig machen solle, also, daß er nicht bloß diejenigen Zeugen, welche allein abhören zu lassen vorläufig seine Meinung ist, sondern, daß er alle Zeugen, die er überhaupt gebrauchen will, mithin auch diejenigen, deren er sich erst eventualiter mit bedienen will, auf einmal namhaft machen soll. Dann wird die hiewider eingeschlichene, und zum Aufenthalt der Sachen gereichende Corruptel — die also nur darin bestanden haben kann, daß nicht alle Zeugen, die man benutzen will, auf einmal benannt sind — cassirt, und folgt hierauf endlich, zur Abstellung dieses Mißbrauchs für die Zukunft, die ausdrücklich auf den Artikel der Statuten gebaute Verfügung, „daß der Producent die Zeugen alle auf einmal namhaft machen solle," ohne daß es irgend für ausreichend erklärt würde, wenn er sich innerhalb der Beweisfrist die Benennung neuer Zeugen vorbehielte. Ja, diese Ausnahme von der aufgestellten Regel kann um so weniger als stillschweigends subintelligirt angesehen werden, weil ausdrücklich hinzugefügt wird, daß ex post producirte Zeugen nicht anders zugelassen

werden sollen: „es habe denn der Producent mittelst Eides erhalten, daß er vorher von solchen Zeugen keine Wissenschaft gehabt habe.“ Außer den gleich Anfangs benannten Zeugen sollen mithin einzig und allein solche, die erst später aufgefunden sind, also nicht auch solche, die der Producent von Anfang an schon gekannt, damals aber noch nicht benannt, sondern sich bloß zur künftigen Benennung vorbehalten hat, zugelassen werden. Auch läßt sich hiewider nicht mit dem Kläger einwenden, daß der Senat bei Erlaß des Gem. Bescheides die Herstellung der gesetzlichen Vorschrift des Statuts beabsichtigt habe, man also dem Gem. Bescheide keine Bedeutung beilegen dürfe, die mit dem Artikel des Statuts in Widerspruch trete; denn dieses Argument würde nur dann zutreffen, wenn der Sinn des letztern an sich klar und deutlich der von dem Kläger angenommene wäre, was aber gezeigtermaßen nicht der Fall ist, indem vielmehr die im Gem. Bescheide adoptirte Auslegung des Statuts ebenfalls sehr erhebliche Gründe für sich hat.

Freilich bleibt nun noch das Bedenken übrig, daß seitdem der Gerichtsgebrauch entschieden wieder zu der von dem Gem. Bescheide verworfenen Auslegung des Statuts zurückgekehrt ist und daß dadurch zugleich die in dem Gem. Bescheide enthaltene authentische Interpretation abrogirt und aufs Neue eine entgegengesetzte Usualinterpretation des Statuts begründet zu sein scheint. Aber auch dieses Bedenken beseitigt sich wieder dadurch, daß eine Gewohnheit oder ein Gerichtsgebrauch nur insoweit Gesetzeskraft besitzen, als sie nichts Zweckwidriges und dem übrigen Recht Widersprechendes enthalten.

l. 39. D. de leg. l. 2. Cod. quae sit longa consuet. Nov. 134. c. 1. i. f.

Nun aber hat der Gem. Bescheid vom Jahre 1756 die Auslegung, welche die Praxis dem mehrerwähnten Artikel der Statuten ertheilt, für eine nur zum Verschleif der Sachen gereichende Corruptel erklärt, und es läßt sich nicht verkennen, daß sie nicht nur keinen erheblichen Nutzen gewährt,

sondern auch zu den übrigen in Lübeck befolgten processualischen Grundsätzen nicht paßt und leicht erhebliche Nachtheile für die Sache erzeugt. Da nämlich neu aufgefundene Zeugen hinterher noch immer zugelassen werden, auch wenn der Producent sich deren Benutzung bei der Antretung des Beweises nicht vorbehalten hat, und da es ferner dem Producenten jetzt unverwehrt ist, so viele Zeugen neben einander abhören zu lassen, als er über die Sache besitzt, so kann der Vortheil davon, sich von den bekannten Zeugen einige vorläufig ohne sofortige Benennung derselben bloß reserviren zu dürfen, nur in zweierlei bestehen, nämlich theils darin, daß der Beweisführer nun nicht sofort zu einer Alles umfassenden Antretung des Beweises genöthigt wird, theils darin, daß, wenn die principaliter vorgeschlagenen Zeugen sämmtlich zugelassen werden, die Kosten und Weitläuftigkeiten der Vernehmung der übrigen, vielleicht entfernten und minder erheblichen Zeugen erspart werden. Allein der erstere Vortheil kann größtentheils und der letztere vollständig eben so gut erreicht werden, wenn die letztern Zeugen gleich Anfangs mit namhaft gemacht werden müssen und nur die Benutzung und Abhörung derselben bis zum Falle des sich offenbarenden Bedürfnisses *) ausgesetzt bleiben dürfen, als wenn man auch die Benennung derselben bis dahin aussetzen kann; die Befugniß aber, den Beweis Anfangs unvollständig antreten zu dürfen, kann insonderheit nur zu leicht zu einer der Partei selbst nachtheiligen, oberflächlichen und verkehrten Richtung des Beweisverfahrens verleiten und verdient daher schon im eignen Interesse des Producenten keine rechtliche Begünstigung. Auf der andern Seite paßt eine Befugniß, sich die Benennung anderer schon jetzt bekannter Zeugen nach Ablauf des Beweistermins vorbehalten zu dürfen, nicht zu einer Gesetzgebung, welche, wie die Lüblsche, den letztern strenge für peremtorisch erklärt hat; sie kann ferner zu dem bedeutendsten Verschleif der Sache führen, indem, wenn einmal die Vor-

*) d. h. natürlich vor der Publication des Zeugen-rotulus.

schrift so unbeschränkt, wie es die jetzige Praxis thut, verstanden werden soll, dem Richter auch die Befugniß, für die Benennung der reservirten Zeugen eine kurze peremtorische Frist anzuordnen, nicht eingeräumt werden könnte, und indem über die Zulässigkeit der nachträglich vorgeschlagenen Zeugen und Artikel Verhandlungen durch alle Instanzen entstehen können, die, wenn solche Zeugen zugleich mit den ersten benannt werden müssen, sofort mit denen über die principaliter producirten Zeugen verbunden werden können, und sie giebt endlich der Besorgniß einer Subornation von Zeugen Raum.

Dagegen muß dem Kläger sein mit dem ganzen Publicum getheilter Irrthum (in Betreff der Gültigkeit des bisherigen Gerichtsgebrauchs) Behuf einer in erster Instanz nachzusuchenden Restitution zu Statten kommen.

Schweppe, Röm. Priv.-Recht I. § 97. a. E.

III. Ward der Kläger mit mehrern von der vorigen Instanz verworfenen Beweisartikeln zugelassen und solche Zulassung durch nachstehende allgemeine Gründe motivirt:

„Der Zweck des Productionserkenntnisses besteht nur darin, die Relevanz des angetretenen Beweises und die Statthaftigkeit der benutzten Beweismittel vorläufig und im Allgemeinen zu prüfen, damit ein völlig müssiges Verfahren nicht geduldet und dem eingeleiteten statthaften Verfahren die gehörige Richtung gegeben werde. Erscheint nun aber die Beweisantretung nicht im Ganzen als unzulässig oder irrelevant, so kann es auch nicht für angemessen und dem Geiste des Productionsverfahrens nicht für entsprechend angesehen werden, daß einzelne an sich statthafte Beweismittel oder wohl gar Theile derselben um deshalb sofort zurückgewiesen werden, weil sie nur von entferntem oder geringfügigem Einflusse auf das Beweisthema zu sein scheinen. Einestheils nämlich läuft man hiebei zur Zeit, wo die Beweise noch nicht vollständig instruirt sind und wo es noch an der Deduction des Producenten fehlt, wo mithin der Zusammenhang der Beweisführung sich noch gar nicht gehörig übersehen und würdigen läßt, große Gefahr, den Beweisführer ohne Noth eines taug-

lichen Mittels zur Constatirung der Wahrheit zu berauben und Lücken in der Beweisführung zu veranlassen, und anderntheils entstehen über die Verwerfung solcher anscheinend unerheblichen Beweismittel nicht selten weitläuftige und kostspielige Verhandlungen in den höhern Instanzen, die sich demnächst im Deductionsverfahren gar oft wiederholen, mithin erzeugt ein solches, die Beweisantretung zu strenge beschränkendes Productionserkenntniß häufig gerade diejenigen Nachtheile, welche durch die sofortige Zurückweisung einzelner Beweismittel vermieden werden sollen. Es ist daher gewiß viel angemessener, solche Beweismittel, die nicht als offenbar unstatthaft oder völlig irrelevant erscheinen, vorläufig und zumal dann zuzulassen, wenn aus der Gestattung derselben überall keine Weitläuftigkeiten und kein erheblicher Aufenthalt entstehen, und die nähere Ermittelung ihrer Relevanz dem künftigen Deductionsverfahren vorzubehalten, wenn auch dadurch, was ohnehin nicht vermieden werden kann, das eine oder das andere, demnächst irrelevant erscheinende Beweismittel mit instruirt wird."

Ferner ist in den Entscheidungsgründen zu obigem Erkenntniß sub IV. in Anlaß einer nachträglich erläuterten Einrede des Beklagten ausgesprochen:

„Es giebt zwar eine gesetzliche Vorschrift darüber, daß „die Einreden sofort der Einlassung beigefügt werden müssen; „aber, daß über dieselben demnächst auch gleichzeitig mit dem „Klaggrunde verhandelt und entschieden oder daß wohl gar das „Beweisverfahren über beides zusammen instruirt werden muß, „das findet sich in unserm gemeinen Rechte nirgends katego„risch vorgeschrieben, vielmehr ist es ausdrücklich gestattet, die „Beweisführung über die vorgeschützte Einrede bis zur Been„digung des Beweisverfahrens über den Klaggrund ausgesetzt „sein zu lassen."

l. 9. Cod. de except. (8, 36.)

Gönner, Hdb. d. Proc. II. Abh. 37. § 17. Abh. 42. § 4.

Grolman, Theorie d. gerichtl. Verf. § 187.

LXVI. (100 A.)

Graf Hahn contra Raith.

In Sachen Graf Hahn, Bekl., Appellanten, Querulanten,

contra

Raith, Kläger, Appellaten, Querulaten,

Ertheilung eines Fanggezettels betr.,

hatte der Kläger wider den Beklagten die Zusicherung eines Fanggezettels, nach vorgängig zu beschaffender Bürgschaft für Halden, Schlösser und Atzung, beim Niedergericht erwirkt und der Beklagte darauf direct beim Obergericht den Antrag „auf interimistische Sistirung des fernern niedergerichtlichen Fanggezettelverfahrens" angebracht. Als dieser Antrag vom Obergericht mittelst Decrets vom 13. November 1828 „als zur Zeit ungehörig" zurückgewiesen ward, wandte sich der Beklagte dawider im Wege einer einfachen Beschwerde an's O.-A.-Gericht, von welchem jedoch unterm 22. November 1828 ein sofortiges rejectorium mit nachstehender Motivirung ertheilt ward:

„Nach dem ganzen Zusammenhange der Sache kann der Sinn des angefochtenen obergerichtlichen Bescheides kein anderer sein, als der: daß das Gesuch um Sistirung des Verfahrens für jetzt beim Obergerichte noch nicht Statt finde, sondern, daß der Querulant sich erst dann an das Obergericht wenden könne, wenn er zuvor eine Entscheidung des Niedergerichts dawider ausgewirkt habe und sich durch diese beschwert erachte. Dies ist aber den Verordnungen der Stadt Lübeck vollkommen entsprechend. Denn der Nachtrag vom 5. Juli 1820 zur Gerichtsordnung von 1814 verfügt im § 11 ausdrücklich, daß über die Gestattung oder Versagung des Suspensiv-Effects einer Appellation an das Obergericht zunächst das Untergericht erkennen solle, und bestimmt überdies eine eigene Nothfrist für die Berufung von diesem Erkenntnisse an das Obergericht.

Diese Vorschrift füllt auf der einen Seite eine Lücke aus in dem Verfahren vor den Lübeckischen Gerichten, welche dadurch entsteht, daß die Einwendung der Appellation bloß durch eine Notification an den Actuarius des Gerichts geschieht und dieser also gar nicht im Stande ist, sofort die Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit des Rechtsmittels an sich oder der Suspensiv-Wirkung desselben zu prüfen und darüber zu erkennen; und auf der andern Seite dient sie dazu, das Recht der ersten Instanz auch in diesem Punkte aufrecht zu erhalten. Auch ist dieselbe nicht etwa bloß auf den 2. Abschnitt des vorhergehenden § 10 des Nachtrags zu beziehen und mithin nicht auf den Fall zu beschränken, wenn von dem einen Theile besonders darauf angetragen worden, den Suspensiv-Effect zu versagen, indem das Gegentheil sich aus der ganzen Fassung des § 11 und aus dem Umstande von selbst ergiebt, daß, wie die vorliegende Sache zeigt, auch in Ansehung solcher Fälle, wo schon vermöge des Gesetzes die Suspensiv-Wirkung nicht Statt haben soll, ein Anstand sich erheben und eine richterliche Entscheidung nöthig werden kann.

Demnach hätte der Querulant allerdings seinen Antrag, statt beim Obergerichte, zunächst beim Niedergerichte anbringen müssen, und kann er dadurch, daß das Obergericht ihn auf diesen Weg verwies, nicht für beschwert erachtet werden. Auch wird sich ihm nicht nur dann eine passende Gelegenheit darbieten, jenen Weg zu betreten, wenn der Kläger seine Bürgen beim Niedergericht präsentiren und auf Purification des Erkenntnisses (vom 8. Nov. 1828) antragen sollte, sondern, da hier ein Fall vorliegt, wo schon das Gesetz die Suspensiv-Wirkung versagt, so steht auch, wenn er den obigen Antrag des Gegners nicht erwarten will, einer eigenen Implorirung von seiner Seite auf Bewilligung des Suspensiv-Effectes in formeller Hinsicht nichts im Wege.

Die von dem Querulanten gegen die hier entwickelte Ansicht erhobenen Bedenken sind von keinem Gewichte.

Wenn er zuvörderst hervorhebt, daß, insofern das Niedergericht den Suspensiv-Effect versagen und sein Erkenntniß in

der Hauptsache purificiren sollte, der Gegner sofort im Stande sein werde, dasselbe vollstrecken zu lassen, indem die Beschwerdeführung wider dies Erkenntniß beim Obergericht ebenfalls keinen Suspensiv-Effect genieße (§ 11. i. fine), so ist dieser Nachtheil auf der einen Seite die Folge des von ihm betretenen verkehrten Weges, auf der andern aber, insofern er überhaupt unvermeidlich sein sollte, in der gesetzlichen Vorschrift begründet.

Anlangend aber den Einwand, daß, weil nach § 10 des Nachtrags in einem Falle, wie der vorliegende, schon das Gesetz den Suspensiv-Effect versage, das Erkenntniß des Niedergerichts, indem es sich hierüber nicht ausspreche, so verstanden werden müsse, als ob es bereits die Vollstreckung non obstante appellatione verordne, so ist dies dem Sinne des Gesetzes, welches ein ausdrückliches Erkenntniß des Unterrichters über den Suspensiv-Effect unter Hinzufügung der Rechtsgründe erfordert, nicht entsprechend.

LXVII. (101.)

Hoffmester contra Beel & Comp.

Durch die Entscheidungsgründe zum Urtheil vom 11. Mai 1829, in Sachen

des Schiffers Hoffmester, Bekl.,
wider
Beel & Comp., Kläger,

worin Ersterer den Transport und die freie Ablieferung einer Parthie Waaren an ein Handlungshaus in St. Petersburg auf eigne Gefahr (mit Ausnahme von Seegefahr) übernommen, d. h. re vera die sichere Einschmuggelung der Waare gegen eine Vergütung von 375 ℔ Cour. versprochen und für den Schadensfall (für den Fall der Confiscation oder dgl.) sich zur Erstattung des erweislichen Schadens bis zur Summe von 2500 ℔ Cour. verpflichtet hatte und nach erfolgter Con-

fiscation der Waare auf Schadenserſatz belangt worden war, iſt anerkannt,

gleichwie in S. Wildtfanck c. Haaſe ſ. ob. N. 32. „daß ein Geſchäft, welches die Umgehung fremder Zollgeſetze „bezweckt, als ein negotium turpe, ein delictum oder nego„tium contra legem weder nach allgemeinen Rechtsgrund„ſätzen, noch inſonderheit nach völkerrechtlichen Principien „zu betrachten, vielmehr Geſchäfte dieſer Art, nach einer „allgemeinen, namentlich in der handelnden Welt ſehr ent„ſchieden ausgeſprochenen Meinung, gleichſam als ein noth„wendiges Uebel nicht zu umgehen ſeien und daher durch die „neuere juriſtiſche Praxis, ſowohl in Deutſchland als bei „andern Nationen, für rechtsverbindlich und klagbar erklärt „würden,"

wofür außer den in dem frühern Fall citirten Autoritäten auch noch

Benecke, Syſtem d. Hdlsr. I. p. 34.

Marshall, a treatise on the law of insurance I. c. 3. sect. I. p. 54—7.

Boulay-Paty, cours de droit commercial maritime IV. p. 29.

angeführt ſind.

LXVIII. (102.)

Hopfenpacker contra Gemeinträger.

In Sachen Hopfenpacker, Bekl.,

contra

Gemeinträger, Kläger,

(Urtheil vom 21. März 1829) iſt durch die Entſcheidungsgründe anerkannt:

I. Daß bei allen Corporationen, welche auf gewiſſe Arbeiten privilegirt ſind, die Mitglieder regelmäßig nur in eigner Perſon die Arbeiten verrichten und ſich höchſtens ſolche Individuen ſubſtituiren dürfen, welche ſchon nach der Verfaſſung

der Zunft dazu bestimmt sind, Arbeiten für Rechnung Anderer zu verfertigen, wie dies z. B. bei den gewöhnlichen Handwerkszünften in Ansehung der Gesellen und Lehrburschen der Fall ist, dergleichen sich bei den hiesigen Trägercorporationen nicht finden.

II. Daß durch Verjährung ebensowohl Modificationen und Beschränkungen gewisser Verbietungsrechte, als die gänzliche Befreiung von allen Bannrechten, begründet werden können, weshalb auch den Beklagten, unter Abänderung der sent. a qua, der Beweis nachgelassen ward,

„daß bei eintretender Arbeits-Unfähigkeit Einzelner von ihnen (den Hopfenpackern), diese befugt seien, sich auch bei derjenigen Straßenarbeit (Transport von Hopfen), zu welcher die Kläger gleichfalls berechtigt sind, durch sogenannte „Wienker" (unprivilegirte Arbeitsleute) vertreten zu lassen."

III. Daß dieselbe Wirkung auch schon durch ein bloßes Herkommen von unbestimmter Dauer entstehen könne, weshalb auch in dem Erkenntniß hinzugefügt ward:

„es genüge zu dem obigen Beweise, darzuthun, daß solche Vertretung bereits seit längerer Zeit bei ihnen hergebracht sei."

Denn, heißt es in den Entscheidungsgründen, wenn schon längere Zeit hindurch die Beklagten sich der Wienker bedient haben sollten, welches den Klägern bei der Eigenschaft einer auf öffentlicher Straße zu verrichtenden Arbeit nicht unbekannt bleiben konnte, und dieselben dann nicht widersprochen hätten, so würde sich dadurch die übereinstimmende Ansicht beider Corporationen zu erkennen geben, daß der Gebrauch der Wienker in ihren gegenseitigen Verhältnissen statthaft sei, und würde damit die gegenwärtige Klage im Widerspruch stehen. Dabei hat sich aber nach der Natur des Herkommens, welches hierin der Gewohnheit ganz zu vergleichen ist, eine bestimmte Anzahl von Jahren oder Fällen nicht angeben lassen, weil es nur darauf ankommt, daß durch das bisher Geschehene die übereinstimmende Ansicht der Parteien deutlich ausgesprochen sei.

LXIX. (105.)

J. H. Krüger contra Amt der Hauszimmerleute.

In Sachen J. H. Krüger, Kleinbinders, Bekl.,
contra
Amt der Hauszimmerleute, Kläger,
ward durch Urtheil des O.-A.-Gerichts vom 27. December 1828 das Erkenntniß des Obergerichts bestätigt und auf den Grund eines in Sachen der Hauszimmerleute wider sämmtliche Zunftmeister und Vorsteher der bürgerlichen Collegien ergangenen Urtheils des vormaligen Reichskammergerichts vom 16. Juli 1763 anerkannt, daß den Hauszimmerleuten der ausschließliche Verkauf alles Bauholzes bei Stücken und Kleinigkeiten beikommt.

LXX. (106.)

Meister contra Mattern.

In den Entscheidungsgründen zum O.-A.-Gerichtl. Urtheil in Sachen
Meister contra Mattern, vom 20. Mai 1829,
die Wiederherstellung eines Wasserlaufs betr.,
ist gesagt:

„Das bloße Verfallen einer Rinne (Wasserlaufs) kann den Anfangspunkt der Verjährung
(„wenn über Jahr und Tag ein Gebäude unangesprochen gestanden, das kann nach Jahr und Tag nicht mehr angefochten werden."
Stat. Lub. lib. I. tit. VIII. art. 2.
welche Vorschrift übrigens auch auf den Fall anzuwenden ist, daß an einem schon stehenden Gebäude eine neue Einrichtung getroffen wird.)

nicht bestimmen, indem hiezu eine Handlung erfordert wird, welche die Absicht der Nachbarn, den bisherigen Wasserlauf nicht ferner gestatten zu wollen, deutlich zu erkennen giebt.

arg. l. 6. D. de serv. pr. urb. (8, 2.)

„ l. 18. § 2. D. quemadmodum servit. amittuntur (8, 6.)

Das Vermauern der Rinne im eignen Hause aber würde, wenn es dem Nachbarn nicht gehörig angezeigt worden, als eine heimlich gemachte Anlage anzusehen sein, welche wegen des aus der Heimlichkeit entstehenden vitii possessionis dem Kläger nicht schaden könnte.

l. 3. § 7. l. 5. § 1. D. quod vi aut clam. (43, 24.)

LXXI. (108.)

Stecknitz-Holzkäufer-Aelteste contra Hauthal.

In den Gründen zum O.-A.-Gerichtl. Urtheil vom 21. November 1828 in Sachen

Stecknitz-Holzkäufer-Aelteste contra Hauthal,

wegen Verkaufs von Brennholz bei Kleinigkeiten,

heißt es:

I. „Die Regel, daß allgemeine Worte auch im allgemeinen Sinn zu verstehen sind, gilt unstreitig auch dann, „wenn es sich um die Auslegung oder Aufhebung eines „Privilegiums handelt."

Glücks Comm. I. § 99.

II. Nur aus mehrern über dieselbe Rechtsfrage abgegebenen Erkenntnissen kann eine Usual-Interpretation oder Rechtsgewohnheit ersehen werden.

l. 37. 38. D. de leg. l. 1. 3. D. quae sit longa consuet.

LXXII. (110.)

Warncke u. Commercirende Collegien contra Zinngießer-Aelteſte.

In Sachen Warncke und Commercirende Collegien
wider
Zinngießer-Aelteſte, Kläger,
welche das Recht zum An- und Verkauf alten Zinns den Krämern und Kaufleuten ſtreitig machten, ward durch Urtheil des O.-A.-Gerichts vom 9. Januar 1829 unter Abänderung des obergerichtl. Erkenntniſſes vom 21. Februar 1828 auf den Grund der Senatsdecrete vom 19. Juni und 30. Juli 1669 entſchieden:

„daß zwar die Mitglieder der commercirenden Collegien bei öffentlichen Aufrufen ſich des Ankaufs des alten Zinns zum Wiederverkaufe, ſowohl vor als während des Ausrufs und bis dahin, daß derſelbe völlig beendigt, zu enthalten ſchuldig, übrigens aber Kläger mit der erhobenen Klage, unter Vergleichung der Koſten aller drei Inſtanzen, ab- und zur Ruhe zu verweiſen ſeien, ſie könnten dann, beſſer als geſchehen, erweiſen, daß ihnen die Befugniß zuſtehe, den Mitgliedern der commercirenden Collegien den Ankauf alles alten Zinns, mit Ausnahme des in Auctionen unverkauft gebliebenen, zu verbieten."

LXXIII. (111.)

Branntweinbrenner-Aelteſte contra Brehmer auf dem Kaninchenberg.

Nach den Gründen des O.-A.-Gerichtl. Urtheils vom 25. September 1829 in Sachen der

Branntweinbrenner-Aeltesten, Bekl., Appellanten,
wider
Brehmer auf dem Kaninchenberg, Kl., Appellaten,
wegen Aufnahme in das Amt und Betreibung der Branntweinbrennerei außerhalb der Stadt,

ist die Frage, ob eine Justiz- oder eine Administrativ-Sache vorhanden sei und ob die Wette als Polizeibehörde oder als Gericht entschieden oder zu entscheiden gehabt habe, eine Rechtsfrage, welche zur richterlichen Entscheidung des Obergerichts gehört und auch an das O.-A.-Gericht gelangen kann. Nachtrag zu d. Ger.-Ordn. v. 1814. (1820.) § 15.

LXXIV. (112.)

Braunmüller contra Jennerich.

Braunmüller, Bekl., Appellant,
wider
Jennerich, Kläger, Appellat,
} beide Leimsieder,

stritten über die Grenzscheide der Plätze auf dem sog. Leimsiederfelde vor dem Hüxter-Thor, auf welchen sie ihr Gewerbe trieben.

Die Leimsiedereien zu Lübeck nämlich, vier an der Zahl, sind Verlehnungen, welche von der Wette auf die Lebenszeit des Belehnten ertheilt werden. Bei dem Erwerbe eines solchen Lehns wird eine gewisse Recognition entrichtet und außerdem eine jährliche Grundhäuer für die Benutzung des zu dem Lehn gehörigen Platzes auf dem Leimsiederfelde. An diesen Plätzen steht mithin den Leimsiedern kein Eigenthum zu, sondern nur das Recht der lebenslänglichen Benutzung derselben. Es befinden sich aber auf den Plätzen Leimsiederhütten oder Buden, an denen die Leimsieder ein völliges Eigenthum haben und die ihnen auch im Obern Stadtbuche zugeschrieben stehen. Diese vererben sie zwar auf ihre Erben; die Erben sind jedoch gehalten, dieselben bei der Vacanz eines Lehns abzubrechen, falls sie sich nicht mit dem Nachfolger im

Lehn wegen Uebernahme derselben vereinigen können oder wollen. Uebrigens concurrirt die obrigkeitliche Behörde, von welcher die Verlehnung ausgeht, bei der Uebertragung des Lehns und bei der Einweisung des Nachfolgers in den Besitz weiter nicht, als daß ihm praest. praestandis ein Document über die Collation ertheilt wird.

Zu jeder Leimsieder-Bude gehören gewisse hölzerne Gerüste, Ricke genannt, welche sich, sämmtlich in der Richtung von Osten nach Westen, in verschiedener Entfernung von einander befinden. Diese, beinahe 7 Fuß hohen Ricke werden gebraucht, um an dieselben die großen, mit Netzen überspannten Holzrähme, Fleken genannt, auf denen der frische Leim getrocknet wird, anzulehnen und so den Leim der Sonne und dem Luftzuge auszusetzen.

Der Kläger stützte nun seine Klage darauf, daß nicht nur bereits seine Vorgänger im Lehn das von ihm in Anspruch genommene Land -- die Hälfte des zwischen seinem Ricke und den Ricken des Beklagten auf dem Leimsiederfelde belegenen Platzes — als Pertinenz des Lehns besessen haben, sondern daß auch er, welcher seit 1795 sein Leimsiederlehn überkommen, im Jahre 1807 dasselbe 10 Jahre lang ausschließend benutzt und er also wenigstens durch Acquisitivverjährung das Recht erworben habe, jene Fläche auch ferner zu benutzen.

Diese Klage ward an sich auch vom O.-A.-Gericht für völlig begründet angesehen,

„indem den Leimsiedern an den Leimsiederplätzen ein von „der Stadt relevirendes unvollkommenes Eigenthum, ein „quasi seu utile dominium zustehe, dieses Rechtsverhältniß „aber in der Regel analogisch nach den Grundsätzen vom „wahren Eigenthum zu beurtheilen sei."

Es war daher dem Kläger der Beweis jener seiner Behauptung, daß er vom Jahre 1795 an wenigstens 10 Jahre lang die fragliche Hälfte ausschließlich benutzt habe, durch Urtheil vom 18. Juni 1830 auferlegt.

LXXV. (113.)

Gemeinträger contra Marktklösterträger.

In Sachen
Gemeinträger c. Marktklösterträger (i. e. auf dem Markt im Kloshaufen stehende Träger),

Bearbeitung der zur Waage kommenden Syrupfässer, bestätigte das O.-A.-Gerichtl. Urtheil vom 28. December 1855 im Wesentlichen das obergerichtl. Erkenntniß, wodurch den Klägern besserer Beweis ihres behaupteten Monopols auferlegt worden.

Aus den Entscheidungsgründen ist zu bemerken:
„Die Frage, inwiefern die Kläger den Beweis ihres Rechts „durch neuere erst in jetziger Instanz beigebrachte Beweis„mittel, namentlich durch das Senatsdecret vom 11. Aug. „1700 geführt haben, kann offenbar nicht in Betracht kom„men, denn es ist ein ausgemachter Grundsatz, daß eine „Beschwerde über eine Beweisauflage nicht dadurch ge„rechtfertigt werden kann, daß der auferlegte Beweis in „der Appellationsinstanz wirklich geführt wird, indem ja „hierin keine Ausführung, daß das angefochtene Erkenntniß „an sich gravirend sei, sondern vielmehr eine Befolgung „desselben – aber auf eine unbehörige Art — enthalten ist."

LXXVI. (114.)

Lampe contra Schneideramt.

In Sachen Lampe, Bekl., c. Schneideramt, Kläger,

den Verkauf auswärts verfertigter Kleidungsstücke betr., ward durch O.-A.-Gerichtl. Urtheil vom 12. Juli 1830 die Sent. a qua bestätigt und das von dem Kläger (gegen die Regel: daß das Verbietungsrecht der Zünfte sich auf den

Handel mit ihren Erzeugnissen oder Fabrikaten nicht erstreckt) in Anspruch genommene Zwangsrecht auf den Grund des § 8. ihrer Amtsrolle: (wornach Keiner Macht haben soll, fertige oder zugeschnittene Kleider, so aus fremden Oertern anhero geschickt werden, allhier zu verkaufen) jedoch bei der Zweifelhaftigkeit der Sache unter Compensation der Kosten anerkannt.

Dabei wurden die Kläger und Appellaten praeliminariter

1) mit dem Einwande der dem Beklagten als Cridar mangelnden Legitimation und

2) mit der Forderung der von ihm in appellatorio zu bestellenden Caution aus nachstehenden Entscheidungsgründen abgewiesen:

Ad 1. Was die Befugniß des Beklagten zur Fortsetzung der Sache betrifft, so steht ihr der Ausbruch des Concurses über dessen Vermögen nicht entgegen, weil ein Cridar durch die Abtretung der Güter an seine Gläubiger sich höchst persönlicher Rechte — wie das von dem Beklagten in Anspruch genommene Recht, mit Schlafröcken Handel zu treiben, eins ist — an seine Gläubiger überall nicht, seiner cessibeln Vermögensrechte aber nur insoweit entäußert, daß Letztere die Befugniß behalten, sich durch Verkauf derselben für ihre Forderungen bezahlt zu machen, daß aber bis dahin der Cridar an den abgetretenen Gütern das Eigenthum behält.

l. 3. D. de cess. bon. l. 4. Cod. eod.

Schweppe, System des Concurses, § 3.

Ueberlassen demnach die Gläubiger, wie im vorliegenden Falle mit den drei angehaltenen Schlafröcken geschehen ist, dem Gemeinschuldner einzelne Gegenstände der Masse, so steht demselben darüber die freie Disposition zu. Für seine Person aber ist ein Fallit keineswegs verhindert, gerichtlich aufzutreten und seine Rechte zu verfechten, denn nicht er selbst, sondern nur die den Gläubigern überlassene Masse kommt unter die Gewalt des Güterpflegers, und sonach bleibt ihm in Betreff alles dessen, was nicht zur Masse gehört, seine legitima persona standi in judicio ungeschmälert.

Ad 2. Das Cautionsverlangen der Kläger erscheint ebenfalls als ganz verwerflich, weil die Gesetze und die Praxis nur den Kläger, nicht aber den Beklagten — und zwar Letztern selbst dann nicht, wenn er insolvent ist — zur Bestellung einer Caution für die Kosten verpflichten und weil eine Ausnahme hievon in dem Falle, wenn der Beklagte der Appellant ist, sich weder in den Rechten ausdrücklich vorgeschrieben findet, noch auch nach allgemeinen Grundsätzen angenommen werden kann, indem die Partei, welche eine Appellation zur Hand nimmt, deshalb noch keineswegs weiter in die rechtlichen Verhältnisse eines Klägers eintritt, als sich das etwa speciell in den Gesetzen bestimmt findet.

LXXVII. (116.)

Martens contra seine Kinder.

In Sachen W. L. Martens, Imploraten, Appellanten,
wider
die Vormünder seiner drei Kinder, Imploranten, Appellaten,
Inventur und Abschätzung der Martens'schen Güter, sowie auferlegte Darlegung der Solvenz s. w. d. a. betr.,

war auf Andringen der Vormünder zur Sicherung des in den Händen des Imploraten befindlichen Vermögens seiner Kinder der Implorat von den Gerichtsherrn schuldig erkannt worden:

in 14 Tagen, bei Vermeidung des ohne Weiteres in seine Güter zu erkennenden Generalarrestes, darzulegen, daß der Zustand seiner Güter zur Befriedigung nicht nur seiner dem Gericht bisher durch erhobene Klagen und erlangte Verurtheilung und Arreste bekannt gewordenen Gläubiger, sondern auch der den implorantischen Mündeln zustehenden Ansprüche ausreiche, wobei zu

gleich mittlerweile alle die Rechte dieser Mündel gefährdenden Executionen, Zahlungen und Veräußerungen der Imploratischen Güter für jenen Zeitraum von 14 Tagen sistirt und untersagt wurden.

Das Obergericht hatte auf ergriffene Appellation des Imploranten am 7. Mai 1829 den obigen Bescheid, jedoch mit dem Zusatze bestätigt:

daß es dem Imploraten, unbeschadet aller seinen Kindern in dieser Beziehung zustehenden Rechte, unbenommen bleibe, den Umfang ihrer Ansprüche bei der injungirten Darlegung seiner Verhältnisse nur auf $^3/_{10}$ der aus dem Wagnerschen Vermögen (dem Nachlaß seiner Schwiegereltern) empfangenen Summe, mithin auf nur 13545 ℔ zu berechnen.

Vom O.-A.-Gericht, an welches beide Theile die Appellation einlegten, jedoch nur der Implorat die seinige verfolgte, ward am 4. November 1829 die obergerichtl. Sentenz pure unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten confirmirt.

Nachdem in den Entscheidungsgründen die erste, aus der Annahme der Competenz der Gerichtsherrn entlehnte, Beschwerde durch eine Hinweisung auf

Stat. Lub. V. tit. 12. art. 5. 6. u. 8.

sowie Verordn. betr. das Gerichtswesen v. 4. Mai 1814. § 22. beseitigt worden, heißt es weiter:

„Ebenso ungegründet ist die zweite Beschwerde des Appellanten, daß der Antrag der Appellaten, ihn zur Darlegung seiner Solvenz anzuhalten, nicht als unstatthafte mutatio libelli verworfen worden sei. Dieselben hatten nämlich gleich Anfangs auf die Anlegung des Generalarrestes angetragen und eben dies Ziel verfolgten sie, sowohl in ihrer schriftlichen Eingabe vom 17. Februar d. J. als mündlich in dem zur nähern Begründung derselben angesetzten Termin vom 20. s. M. Wenn sie nun auch hiebei in den Vorträgen

variirten, welche zunächst auf die vorgängige Untersuchung gerichtet waren, indem sie schriftlich die Inventur und Abschätzung der Güter des Imploraten, mündlich aber verlangten, daß ihm die Darlegung seiner Solvenz zur Pflicht gemacht werde, so läßt sich schon darüber zweifeln, ob dies überhaupt unter den Begriff einer Klagänderung gebracht werden könne.

Wäre dies aber auch anzunehmen, so würde doch daraus, auch nach Lüb. Recht, kein Einwand gegen den obengedachten mündlichen Antrag, welchem die Gerichtsherrn Statt gegeben haben, herzunehmen sein, denn es heißt im

Lüb. Stat. V. 3. art. 1:

„Wird eine Klage angestellt, darauf der Krieg be„festiget, die kann man darnach nicht ändern noch ver„höhen, verringern mag er sie aber."

Der Implorat hatte nun auf den ersten schriftlichen Antrag noch gar nicht geantwortet, als der mündliche gemacht wurde, also war der Krieg noch nicht befestiget und es stand der Klagänderung noch kein Hinderniß entgegen. Auch ist es gewiß für einen Schuldner weniger nachtheilig, wenn ihm selbst gestattet wird, seinen solventen Zustand darzulegen, als wenn der Richter die Lage desselben durch Inventur und Taxation seiner Güter zu ermitteln sucht.

„Die dritte Beschwerde des Appellanten geht da„hin, daß seinen Kindern ein gegenwärtiges, klagbares „Recht auf Auskehrung oder Sicherung ihres mütterlichen „Vermögens gegen ihren Vater beigelegt sei."

Hier ist nun soviel ausgemacht, daß der Implorat ein seinen Kindern gehöriges Vermögen, wenigstens zu dem vorläufig vom Obergericht angenommenen Betrage von 13545 ℔ in Händen hat. Denn da er, nach dem in beglaubigter Abschrift vorliegenden, von ihm selbst anerkannten status der Verlassenschaft der Eltern seiner verstorbenen Ehefrau die Hälfte solcher Verlassenschaft mit 45149 ℔ 15 ß empfangen hat, so ist es das Günstigste für ihn, was sich vorläufig annehmen läßt, daß davon seinen drei noch lebenden Kindern nur drei Zehntel gehören, indem hiebei für jetzt davon aus-

gegangen ist, daß ihm als überlebenden Ehegatten die Hälfte und als Erben seiner beiden nach der Mutter verstorbenen Kinder zwei Fünftheile der andern Hälfte gehören. Wenn man nun auch wegen der übrigen drei Zehntheile des Mutterguts völlig in die den jetzt herrschenden Ansichten entsprechenden Ideen des Imploraten von einer **communio bonorum continuata** eingeht, so folgt daraus doch weiter Nichts, als daß jene, die Summe von 13545 ℔ betragenden $^3/_{10}$ der Pupillen in seinem Besitz und unter seiner Verwaltung geblieben sind; das Eigenthum der Kinder an diesem Theile des großälterlichen Nachlasses läßt sich aber nicht bestreiten.

Insbesondere folgt dies daraus, daß das Lübsche Recht das Vermögen, welches der überlebende, beerbte Ehegatte in Händen behält, ein gemeines oder gesammtes Gut nennt,

Stat. Lub. II. 2. art. 26. 34.

und einen solchen Ehegatten nicht bloß unter gewissen Umständen zur Theilung verpflichtet,

ibid. art. 2. 3. 5. 11. 16. 28. 29.

sondern sogar die Vererbung des Antheils der Kinder auf die Eltern annimmt,

ibid. art. 6. i. f.

wozu noch kommt, daß die Vormundschafts-Ordnung vom 11. October 1820 § 2 den seine Ehefrau überlebenden Vater als den natürlichen Vormund seiner Kinder bezeichnet, an dessen Stelle, wenn er in Vermögensverfall geräth, andere Vormünder zu ernennen sind, um das eigene Vermögen der Kinder aus dem Concurse zu retten.

Vorm.-Verordn. § 24. 62.

Nun können freilich in der Regel die Vormünder der Kinder, so lange der Concurs noch nicht wirklich ausgebrochen ist, den überlebenden Ehegatten nach Lübschem Rechte nicht zur Theilung mit den Kindern auffordern, wenn er nicht zur zweiten Ehe schreitet; allein dies leidet nothwendig eine Ausnahme, falls der im Wittwerstande lebende Vater so übel wirthschaftet, daß das Vermögen seiner Kinder gefährdet

erscheint. Dies entspricht nicht bloß den Grundsätzen des gemeinen Rechts,

l. 50. D. ad Sct. Treb. (36, 1.)

sondern es beruht auch auf denselben Principien, wornach zufolge ausdrücklicher Vorschrift der Lüb. Statute wegen jeder erst künftig fällig werdenden Forderung Bürgschaft gefordert werden kann, wenn der Schuldner in Unvermögen und Ungewißheit geräth,

Stat. cit. III. 1. art. 8. III. 5. art. 6.

und wornach die unbeerbte Frau befugt ist, wegen ihres Brautschatzes Bürgschaft zu fordern, ja sogar denselben zurück zu verlangen, wenn der Mann in Schulden vertieft ist.

lib. I. 5. art. 10. 11.

Daher denn auch diejenigen Schriftsteller über die Gütergemeinschaft und über das Lüb. Recht, welche eine communio bonorum prorogata annehmen, ebenfalls anerkennen, daß der im Wittwerstande lebende Ehegatte zur Theilung angehalten werden könne, wenn er die gemeinschaftlichen Güter mißbraucht, wenn er übel wirthschaftet: si viduus parens liberorum bonis abutitur, eaque dilapidat.

Joh. Mour. Weyher, Comm. de commun. bonor. 1739. P. 2. th. 7. p. 273.

Stein's Abhdl. des Lüb. R. Th. 2. p. 206.

Carstens, Beitr. zur Erläut. des Lüb. R. 2te Samml. S. 20.

Für jetzt ist nun von den Imploranten noch keine Theilung verlangt worden, als worüber erst künftig im Niedergerichte zu verhandeln und zu entscheiden sein wird; sondern sie haben nur auf Sicherstellung der Kindergelder angetragen, wozu die Vormünder der gefährdeten Kinder noch um so mehr für berechtigt gehalten werden müssen, insofern die üble Wirthschaft und der Vermögensverfall des Vaters hinlänglich nachgewiesen ist, was sich bei der sechsten Beschwerde ergeben wird.

Mittelst der vierten Beschwerde hat der Appellant darüber gravaminirt, daß die injungirte Darlegung der Solvenz

und eine eventuelle Concurseröffnung als passendes Mittel der Sicherung der implorantischen Mündel gewählt worden sei. Er meint, es hätte allenfalls ein förmlicher Ausspruch zur mehrern Sicherung der Kinder verlangt werden mögen. Der Generalarrest sei nachtheiliger für ihn, als selbst die Auflage baarer Auszahlung; auch könne ein solcher Arrest erst beim Andringen anderer, weniger bevorzugter Gläubiger verlangt werden. Einstweilen sei durch das frühere Verbot der Veräußerung der Güter und der Befriedigung anderer Gläubiger für die Sicherheit der Pupillen hinreichend gesorgt worden.

In der That ist aber der Generalarrest nichts weiter, als eine definitive und wirksamere Wiederholung dieses, früher schon ausgesprochenen, Verbots. Ob derselbe den förmlichen Concurs zur Folge haben müsse, darüber wird erst das Niedergericht entscheiden, wenn künftig desfalls die erforderlichen Anträge daselbst gemacht werden. Nicht sowohl das Andringen anderer Gläubiger, als vielmehr überhaupt die gegründete Besorgniß, daß derjenige, welcher den Generalarrest bittet, sonst das leere Nachsehen haben werde, ist die wahre Grundlage einer solchen Bitte, wiewohl auch das Andringen anderer Gläubiger im vorliegenden Falle genugsam nachgewiesen sein dürfte.

Daß ein Ausspruch vor dem Rathe, wenn er auch statthaft sein sollte, den Kindern des Imploraten von keinem Nutzen sein würde, falls es ihm freigestellt bliebe, ferner, wie bisher, mit seinem Vermögen zu schalten, ist klar genug, weil dasselbe allem Anschein nach sodann völlig zertrümmert werden würde. Dahingegen leidet es nicht den geringsten Zweifel, daß der Generalarrest mit allen seinen Folgen sogleich wegfallen müßte, wenn der Implorat im Stande sein sollte, seinen Kindern die Summe, worauf deren Ansprüche vorläufig festgestellt worden sind, sofort baar auszubezahlen oder, wenn er auch nur desfalls durch Bürgen oder Pfand genugsame Sicherheit bestellen würde.

Stat. Lub. V. 12, 2. cf. Stat. IV. 4, 12. IV. 11, 5.

Hierüber ist aber dem Imploraten, der darauf noch gar nicht angetragen hat und allem Anschein nach dazu auch ganz unfähig ist, noch nichts aberkannt.

Die fünfte Beschwerde hat der Implorat darin gesetzt, daß die Verpflichtung der darzulegenden Solvenz nicht auf die Ansprüche seiner Kinder beschränkt, sondern auf die Ansprüche aller dem Gerichte bekannt gewordenen Gläubiger desselben ausgedehnt worden sei. — Hier leuchtet es nun von selbst ein, daß den Pupillen der Imploranten damit gar nicht geholfen sein würde, wenn der Implorat bloß nachweisen könnte, daß er für den Augenblick vermögend genug sei, ihre Ansprüche zu befriedigen, insofern ihm gestattet würde, das zu ihrer Befriedigung etwa Vorhandene sofort zur Bezahlung anderer Gläubiger zu verwenden. Und, was die vorgeschützte ohnehin sehr unwahrscheinliche Ungewißheit über die dem Gerichte bekannten Gläubiger des Imploranten betrifft, so würde es ohne Zweifel nur eines einfachen Antrages an die Gerichtsherrn bedürfen, um das Verzeichniß und die nähere Angabe jener Gläubiger zu erlangen.

Die sechste Beschwerde des Appellanten besteht endlich darin, daß seine Vermögensverwickelung als erwiesen angenommen und nicht zum Beweise der Gegner gestellt worden sei. — Dagegen kommt jedoch zunächst in Betracht, daß für jetzt noch nicht von der Auskehrung der Kindergelder, sondern nur von Sicherheitsmaßregeln die Rede ist, welche keinen strengen Beweis, sondern nur eine dem Ermessen des Richters anheimgestellte, genugsame Bescheinigung der vorhandenen Gefahr erfordern; daher denn auch insbesondere zur Gewährung eines Generalarrestes nur die Wahrscheinlichkeit eines insolventen Zustandes des Schuldners nachgewiesen zu werden braucht, wogegen freilich diesem verstattet werden muß, annoch seine Solvenz darzulegen.

Martin's Civilproc. § 323.

Schweppe, Concurs § 108.

Jene Wahrscheinlichkeit ist nun hier unläugbar vorhanden. Denn Implorat hat eingeräumt, daß er seiner Freiheit

beraubt sei, d. h. einen Sicherheits- und Criminal-Arrest sich zugezogen habe, worunter natürlich sowohl seine Geschäfte als die Administration der in seinen Händen befindlichen Kindergelder leiden müssen. Ueberdies hat er nicht in Abrede stellen können, daß er mit seinen Gläubigern in Differenz gerathen sei und eine Einbuße seines Vermögens erlitten habe; und der generelle Widerspruch des Imploraten gegen alle nicht speciell berührten Thatsachen konnte die Gerichtsherrn nicht hindern, die hieher gehörigen, unter ihren Augen vorgegangenen Thatsachen, die ihrer Natur nach notorisch sind, als hinlänglich nachgewiesen anzusehen, da das Notorische keines Beweises bedarf."

LXXVIII. (117.)

Schirmhoff contra Assecuranz-Compagnien.

Joh. Schirmhoff zu Flensburg per mand. Joh. Grabau zu Lübeck, Kläger, Appellant,

wider

die Assecuranz-Compagnien von 1818, 1824 u. 1825, Bekl., Appellaten,

Erfüllung eines Versicherungsvertrags betr.

Am 5. November 1825 ließ das Handlungshaus Joh. Grabau für fremde Rechnung hieselbst gegen Seegefahr versichern:

1	Ballen mit 20 St. Tuch, taxirt . .	Bco. ℔ 4100.
17	" Leinwand, 710 St.	" 5200.
195	Stein Flachs	" 1625.
½	Last Erbsen in Säcken	" 75.
		Bco. ℔ 11000.

und zwar für den Transport von Königsberg nach Flensburg.

Es waren in Hamburg schon versichert . . 4000.

Den Rest — Bco. ℔ 7000.

zu 8750 ℔ Cour. übernahmen am gedachten Tage mittelst

einer gewöhnlichen Güter-Police die obigen Compagnien gegen $2\frac{3}{4}$ Proc. Prämie, und zwar:

die Ass.-Comp. v.	1818 . . .	2900 ℔
" " "	1824 . . .	2950 "
" " "	1825 . . .	2900 "
		8750 ℔ Cour.

In der schriftlichen Ergänzung des gedruckten Formulars der Police heißt es, „die Güter wären oder würden „eingeladen: in das Flensburger Schiff Maria Hedewig, wel„ches Schiffer Johann Schirmhoff oder ein Anderer jetzo „führe und von Königsberg, woselbst es diese Güter ein„genommen, nach Flensburg, allwo diese Güter zu entladen „seien, gehen solle. Der Auftrag ist aus Flensburg. Laut „Briefes daher vom 3. November hat der Schiffer unterm „17. October aus Königsberg geschrieben, daß er folgenden „Tags aus dem Baum holen, vor Abgang aber noch einmal „nach Pillau schreiben wolle. Das Connoissement ist vom „17. October."

Das Schiff versank darauf ganz in der Nähe der Insel Bornholm und es entstand daraus angeblich ein Total-Verlust, dessen Ersatz der Schiffer Schirmhoff, welcher sich demnächst als den Versicherten darstellte, in Anspruch nahm. Die Assecuradeure aber weigerten den Ersatz, und zwar hauptsächlich, weil ihnen nicht angezeigt worden, daß der Schiffer selbst der Versicherte sei, vielmehr sie verleitet worden, das Gegentheil anzunehmen, auch genügten ihnen unter den obwaltenden bedenklichen Umständen die Beweise des Klägers nicht.

Es kam daher zur Klage von Seiten Schirmhoffs, p. m. Grabau, und ward vom Niedergericht unterm 31. März 1827

indem es den vorliegenden Assecuranz-Vertrag an und für sich als gültig erklärte, dahin interloquirt: daß Kläger zu beweisen

1) daß die versicherten Güter sein Eigenthum gewesen und zu Königsberg von ihm in das von ihm geführte Schiff Maria Hedewig verladen worden.

2) daß dieselben in der versicherten Gefahr wirklich untergegangen seien, zu welchem Ende er die beigebrachte Verklarung mittelst des annoch zu den Acten zu bringenden Schiffsjournals — den Beklagten ihre Erinnerungen dagegen vorbehältlich — zu bestärken und eventualiter nachträglich zu beeidigen habe.

Den Beklagten war dagegen der doppelte Beweis auferlegt:

a) entweder, daß das Schiff, worin die versicherten Waaren verladen worden, zu der beabsichtigten Reise untüchtig gewesen,

oder daß klägerischer Mandant auf dieser Reise die ihm als Schiffer und Versicherten obliegenden Pflichten verletzt, namentlich die zur Abwendung des Totalschadens dienlichen Maßregeln versäumt habe, und

b) daß die versicherten Waaren den in der Police angegebenen Werth nicht gehabt und um wie viel geringer derselbe gewesen.

Beide Parteien appellirten an's Obergericht, welches jedoch — nachdem auf einseitigen Antrag der Beklagten Actenverschickung Statt gefunden hatte, — am 4. September 1828 das niedergerichtliche Beweisinterlocut nur mit der Abänderung 1) daß Kläger nicht schlechterdings sein Eigenthum an den versicherten Waaren, sondern nur die für seine Rechnung geschehene Verladung und Mitnahme derselben zu beweisen habe und 2) daß es ihm unbenommen bleibe, neben dem vorzulegenden Schiffsjournal auch noch anderer Beweismittel sich zu bedienen: unter Compensation der Kosten auch der Actenverschickungskosten, bestätigte. Auf die beiderseitige Appellation der Parteien erging alsdann vom O.-A.-Gericht unterm 25. November 1829 ein zwar im Uebrigen bestätigendes, jedoch dahin abänderndes Erkenntniß:

daß nunmehr, nachdem Kläger erklärt, daß das Schiffsjournal bei dem eingetretenen See-Unfalle mit untergegangen sei, die Führung des gedachten Beweises durch die am 14. November 1825 auf Bornholm abgelegte Verklarung ganz zu verwerfen, dem Kläger jedoch nachzulassen sei, die-

sen Beweis binnen einer vom Niedergericht anzusetzenden Frist durch andere Beweismittel zu führen; und in Betreff der Kosten voriger Instanz: daß Beklagte die Kosten der Actenversendung allein zu tragen schuldig seien; unter Compensation der Kosten der dritten Instanz.

Entscheidungsgründe:

Da die Beschwerdeführung der Beklagten darauf hinausgeht, daß der ganze Assecuranzvertrag für ungültig zu erklären sei, so mußte sie zuerst der Prüfung unterzogen werden; es waren aber die drei Gründe, worauf die Beklagten sich gestützt haben, nicht für entscheidend zu halten. Sie berufen sich

1) darauf, daß die ihnen gemachte Anzeige: „der Auftrag ist aus Flensburg" unrichtig gewesen sei, indem zwar Johannes Grabau seinen Auftrag unmittelbar (von einem gewissen Möller, Mandatar des Klägers) aus Flensburg erhalten, der eigentliche Versicherte, der Schiffer Schirmhoff, aber sich in Königsberg aufgehalten habe, mithin der Auftrag eigentlich von daher ertheilt worden sei. — Allein es ergiebt sich schon aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, daß auch bei dieser Sachlage die Anzeige keineswegs unrichtig war. Ja es war vielmehr unter der geschehenen Angabe zunächst nur der Auftrag, welchen Grabau selbst wirklich erhalten, zu verstehen, da derjenige, welcher die Assecuranz in Auftrag eines Andern besorgt, wohl in sehr vielen Fällen gar nicht weiß, ob sein Mandant selbst der Versicherte ist; oder, wenn er es nicht sein sollte, woher er den Auftrag zur Versicherung erhalten hat? Höchstens könnte man die Anzeige für unvollständig halten; hierauf kann aber Nichts ankommen. Denn da es eigentlich nach dem Gesetze demjenigen, welcher die Versicherung thun läßt, gar nicht obliegt, sich darüber zu erklären, woher er den Auftrag dazu erhalten habe,

Hamb. Aff.-Ordn. tit. 1. art. 4.

so kommt es nur darauf an, ob den Plänen der beklagtischen Compagnien, welche eine Anzeige erfordern, wenn der Auftrag zur Versicherung nicht direct vom Abladungsorte gekom-

men, ein Genüge geschehen sei? Dies muß man aber allerdings annehmen, da der Versicherer Alles erfährt, was er hiernach wissen will, wenn ihm nur der Ort angegeben wird, woher zunächst der Auftrag ertheilt wurde und dieser Ort ein anderer ist, als der Ort der Abladung. Es ist ihm denn die verlangte Kunde, daß der Auftrag wenigstens nicht direct vom Abladungsorte nach Lübeck gekommen, wirklich ertheilt worden. Und man muß dies um so mehr für genügend halten, da die Anzeige, woher der unmittelbare Ordregeber wieder seinen Auftrag erhalten, in den meisten Fällen eine Unmöglichkeit wäre.

2) haben sich die Beklagten darauf gestützt, daß ihnen nothwendig hätte angezeigt werden müssen, daß der Schiffer selbst der Versicherte sei und daß wegen des Mangels dieser Anzeige die ganze Assecuranz ungültig sei, und dieser Grund machte die Sache allerdings recht zweifelhaft. Denn es kam hiebei die allgemeine Regel des Assecuranzrechts in Betracht, welche namentlich im

Preuß. Landrecht, Th. 2. tit. 8. § 2026.

so ausgedrückt wird: daß der Versicherte keine Umstände verschweigen dürfe, welche nach dem vernünftigen Ermessen der Sachkundigen auf den Entschluß des Versicherers, sich auf den Vertrag einzulassen, von Einfluß sein können.

Nun kann aber der Umstand, daß der Schiffer selbst der Versicherte sei, gar wohl auf den Entschluß des Versicherers wegen Uebernahme der Assecuranz influiren, zumal, wenn von der Assecuranz einer sehr bedeutenden Parthie Waaren die Rede ist: indem es dem Schiffer leichter, als jedem andern Versicherten wird, einen Betrug gegen den Versicherer zu begehen und zu verstecken. Daher hat denn auch die Erklärung der Beklagten, daß sie, besonders in so später Jahrszeit, die Versicherung nicht übernommen haben würden, wenn es ihnen angezeigt worden wäre, daß der Schiffer selbst der Versicherte sei, gewiß sehr viel für sich.

Allein man darf jene Regel nicht zu weit ausdehnen und namentlich unter den Umständen, welche vor dem Abschlusse

der Assecuranz vom Versicherten anzuzeigen sind, diejenigen nicht begreifen, welche, wenn sie auch streng genommen unter die allgemeine Regel fallen, doch nach einem unzweifelhaften Gebrauch nicht angezeigt zu werden pflegen. Und dahin gehört unstreitig der Umstand, daß der Schiffer selbst der zu Versichernde sei. Dies ergiebt sich insbesondere daraus, daß, ungeachtet der Fall häufig vorkommt, dennoch in den Handelsgesetzbüchern, in den Assecuranzplänen und bei den Schriftstellern über das Assecuranzrecht sich keine Vorschrift und keine Meinung darüber findet, daß jener Umstand angezeigt werden müsse, wie ausführlich und speciell auch sonst die Bestimmungen oder die Entwickelungen über die Verbindlichkeit zur Anzeige sein mögen.

In vorliegendem Falle steht nun den Beklagten wegen der hier in Frage kommenden Anzeige noch ganz besonders das entgegen, daß sie sich die in die Police aufgenommenen Worte: „für fremde Rechnung" haben gefallen lassen. Denn indem der Versicherer sich mit dieser oder einer ähnlichen ganz allgemeinen Angabe hinsichtlich der eigentlichen Person des Versicherten begnügt, unterwirft er sich, zufolge einer anerkannten Praxis, wenigstens der Regel nach, denjenigen Nachtheilen, welche für ihn daraus entstehen mögen, daß der Versicherte diese oder jene Person sei, oder daß derselbe diese oder jene, die Gefahr vermehrende Qualität habe; er verzichtet auf eine genaue Angabe der persönlichen Verhältnisse des Versicherten, welche auf die Beurtheilung der Gefahr Einfluß haben können.

J. P. Sieveking, von der Assec. für fremde Rechnung eines ungenannten Versicherten, § 8. 10. 12. S. 22. 28. 34 ff.

W. Benecke, System des Assecur.- und Bodmereiwesens, 2ter Bd. S. 47 ff.

Endlich haben die Beklagten

3) für ihren Antrag sich auch noch darauf berufen, daß sie durch falsche Angaben verleitet worden seien, anzunehmen, daß nicht der Schiffer selbst der Versicherte sei, und man muß

ihnen darin Recht geben, daß eine solche Täuschung den ganzen Vertrag ungültig machen würde. Denn, obgleich es der Anzeige, daß Schiffergut versichert werde, nicht bedurfte, so würde doch der Versicherte, welcher eine bestimmte Erklärung, daß der Gegenstand der Versicherung kein Schiffergut sei, abgegeben hätte, dies immer gewähren müssen. Es ist aber, zumal beim Assecuranzvertrage, welcher so sehr, wie irgend ein anderer Vertrag, auf Treu und Glauben beruht, von gleicher Wirkung, ob der Versicherte jene Erklärung geradezu, oder ob er sie durch solche Aeußerungen und durch ein solches Benehmen gegeben hat, woraus der Umstand, daß kein Schiffergut versichert werde, von Jedermann geschlossen werden muß. Dieser Fall ist jedoch hier, wie eine nähere Prüfung ergiebt, nicht vorhanden.

Sie kommen hier

a) wieder darauf zurück, wie sie aus der ihnen gewordenen Anzeige: „die Ordre sei aus Flensburg" hätten abnehmen müssen, daß der damals in Königsberg befindliche Schiffer nicht der Versicherte sei. Ein solcher Schluß wäre aber offenbar unrichtig gewesen, da, wie schon oben bemerkt worden, die Anzeige: „der Auftrag ist aus Flensburg," keineswegs sagt: daß der Auftrag ursprünglich aus Flensburg sei oder daß der wahre Versicherte selbst sich in Flensburg aufhalte. Die Beklagten hätten sich also, wenn sie solches dennoch angenommen haben sollten, selbst und ganz ohne die Schuld dessen, der die Versicherung thun ließ, getäuscht.

b) Auch darin, daß in der Police steht: „das Connoissement ist vom 17. October," wollen die Beklagten eine Verleitung zu der Annahme, daß der Schiffer selbst nicht der Versicherte sein könne, finden.

Hiebei ist wohl zu bemerken, daß die Art und der Inhalt des ausgestellten Connoissements für jetzt gar nicht in Betracht kommt, denn die Acten ergeben, daß den Beklagten bei jener Anzeige kein Connoissement vorgelegt worden ist. Der ganze Schluß der Beklagten geht vielmehr dahin, daß über Schiffergut kein Connoissement gezeichnet werde, also

hätten sie aus der oben gedachten Anzeige schließen müssen, daß sie nicht auf Schiffergut zeichneten. Das Irrige dieser Argumentation ist aber ganz einleuchtend. Freilich würde der Gegenstand einer Assecuranz, wobei von der geschehenen Ausstellung eines Connoissements geredet wird, kein Schiffergut sein können, wenn es ganz unmöglich wäre oder wenn es im Leben gar nicht vorkäme, daß über die für eigene Rechnung des Schiffers verladenen Güter Connoissemente gezeichnet werden; aber dies ist sowenig der Fall, daß man vielmehr nach gesetzlichen Bestimmungen und nach der Erfahrung annehmen muß, daß sehr häufig über Schiffergüter Connoissemente vorkommen.

Nach dem französischen Seerechte muß der Schiffer Connoissemente über seine eigenen Güter haben,

Ordonn. de la Mar. de 1681. L. 3, T. 6. art. 62.

Code de comm. art. 344. 345.

und eben dies enthält die Ass.-Ordn. v. Bilbao v. 1737, c. 22. art. 39.

Ja die Hamb. Ass.-Ordn. selbst, tit. 13. art. 3. geht davon aus, daß in der Regel über die für Rechnung des Schiffers und der Besatzung verladenen Waaren, wenn sie solche versichern lassen, Connoissemente ausgestellt werden. Und damit stimmt

die Schwed. Ass.- u. Hav.-Ordn., art. 14. § 4 überein.

(Magens) Versuch über Ass. u. Havar. S. 882.

Auch sagt ein für die Praxis recht bedeutender Schriftsteller:

„Es ist der Ordnung gemäß, daß der Schiffer, welcher für seine Rechnung Etwas ins Schiff ladet, darüber ein „Connoissement, wie von fremden Gütern, zeichnet; will er „sich aber versichern lassen, so ist die Ausfertigung eines Con„noissements nothwendig, welches alsdann der Steuermann „unterzeichnet."

Der wohlunterwiesene Schiffer, Cap. 3. § 15. S. 21 f.

Demnach bleibt nur noch

c) der dritte Umstand übrig, wodurch die Beklagten zu der Annahme, daß von ihnen keine Assecuranz auf Schiffergut

begehrt werde, verleitet sein wollen, nämlich: daß ihnen zugemuthet worden, durch Unterzeichnung der Police auch den durch die Schuld oder das Versehen des Schiffers entstehenden Schaden zu übernehmen. Zunächst kann nun aber von einer eigentlichen Zumuthung hier schon deswegen gar nicht die Rede sein, weil der Versicherte die Police nicht dem Assecuradeur zur Unterzeichnung vorlegt, sondern solche vielmehr ersterem, nachdem sie ausgefertigt und unterzeichnet worden, zugestellt wird. Es läuft demnach der ganze Vorwurf darauf hinaus, daß der Kläger nicht verlangt hat, es solle in dem Policen-Formular die gedruckte Stelle, welche jene Verbindlichkeit ausdrückt, diesmal gestrichen werden. Hiezu war der Kläger aber nicht verpflichtet, und es wäre wieder Nichts, als eine ganz willkürliche Annahme, mithin eine selbstverschuldete Täuschung, wenn die Beklagten wirklich aus jener, allerdings auf Schiffergut nicht passenden Stelle der Police geschlossen haben sollten, daß sie diesmal nicht auf Schiffergut zeichneten. Denn es giebt keine eignen Formulare für Assecuranzen auf Schiffergut; aber es versteht sich von selbst, daß die in den gebräuchlichen, durch die Hamb. Aff.-Ordnung vorgeschriebenen Formularen vorkommenden Stellen, welche auf Schiffergut nicht anwendbar sind, so oft letzteres versichert wird, ohne Weiteres unwirksam sind, wenn sie auch nicht gestrichen werden. Es ist daher ganz gleichgültig und geschieht auch bei andern Rechtsverhältnissen, wozu man sich gedruckter Formulare bedient, gar oft, daß solche Worte, die diesmal keine Anwendung leiden, ungetilgt stehen bleiben. Hier kommt nun noch der wesentliche Umstand hinzu, daß die Forderung, der Kläger hätte die fraglichen Worte streichen sollen, um die Beklagten nicht zu einer irrigen Vorstellung zu verleiten, geradezu darauf hinauslaufen würde, daß die Versicherung für Rechnung eines Ungenannten niemals zulässig sei, wenn Schiffergut versichert werde; denn mit dem Verlangen, daß jene Worte zu streichen seien, hätte der Kläger offenbar geradezu erklärt, daß die Assecuranz Schiffergut betreffe.

Die Beschwerde der Beklagten mußte daher verworfen werden, aber Kläger hat sich in der Hauptsache darüber beschwert:

„daß der Beweis des See-Unfalls nicht für geführt angesehen, und nicht eventuell die Beeidigung der Verklarung „durch den Schiffer dazu als ausreichend befunden, sondern „noch auf die Beibringung des Schiffsjournals, als unerläßlichen Beweismittels, erkannt worden sei."

Hier würde es nun ganz vergebens sein, wenn man noch jetzt darlegen wollte, daß in den beiden vorigen Instanzen, wo das Vorhandensein des Schiffsjournals angenommen werden mußte, auf dessen Beibringung mit Recht erkannt worden sei, nachdem der Kläger in gegenwärtiger Instanz bestimmt erklärt hat, daß das Journal nicht beigebracht werden könne, weil es in und mit dem Schiffe untergegangen sei. Es fragt sich vielmehr jetzt nur, ob die Verklarung allenfalls, nachdem solche annoch vom Schiffer beeidigt sein würde, auch nach dieser, jetzt erst vom Kläger beigebrachten Erklärung zum Beweise des See-Unfalls genüge? oder welchen Einfluß diese Erklärung auf das ebengedachte Beweismittel haben müsse. Dabei ist von der Wahrheit und Richtigkeit dieser Erklärung auszugehen, weil sie hier aus dem Gesichtspunkte eines dem Kläger nachtheiligen Geständnisses zu betrachten ist; wohingegen freilich den Beklagten, wenn sie etwa zu ihrer Vertheidigung des Journals bedürfen und dessen Edition verlangen sollten, der Beweis, daß solches gerettet und vorhanden sei und ein zu diesem Behuf zu machender Eidesantrag an den Kläger nicht abgeschnitten werden könnte.

Es leidet aber nicht den geringsten Zweifel, daß nach jener Erklärung nunmehr der Verklarung gar kein Werth und insbesondere keine Beweiskraft weiter beizulegen ist, und daß Alles, was man dem Kläger gestatten kann, nur darin besteht, daß er annoch versuchen möge, durch andere ordentliche Beweismittel den Untergang des Schiffes und der Ladung zu erweisen.

Es ist nämlich die Verklarung schon an und für sich ein so bedenkliches Beweismittel, daß man vor allen Dingen

darauf sehen muß, ob der Richtigkeit ihres Inhalts auch gegründete Zweifel entgegenstehen, zumal in den Fällen, wo der Schiffer, welcher die Verklarung thut und thun läßt, selbst der Versicherte ist. Sie muß demnach schon dann als verwerflich erscheinen, wenn, wie im vorliegenden Falle, der erhebliche Umstand, daß die Schiffspapiere mit dem Schiffe untergegangen, daraus gar nicht zu ersehen, sondern vielmehr verschwiegen ist. Zwar behauptet der Kläger, daß dieser Umstand wirklich aus dem Seeproteste und aus der Verklarung selbst zu ersehen sei. Allein dies ist so wenig der Fall, daß man nach dem Inhalte der Verklarung das Gegentheil, nämlich, daß die Schiffspapiere gerettet worden, anzunehmen hatte. Denn es ist das angebliche Unglück darnach keineswegs so plötzlich gekommen, daß es unmöglich gewesen wäre, die Papiere mit in das Boot zu nehmen, worin die Mannschaft sich rettete, da es in der Verklarung nur heißt: „Wir setzten das Boot aus, um das Leben zu retten, weil wir jeden Augenblick befürchten mußten, das Schiff wolle sinken." Auch haben die Leute von der Besatzung nicht bloß sich selbst, wie sie gingen und standen, sondern noch Einiges von ihrem Zeuge gerettet (die Verklarung sagt: „wir retteten nur wenig von unserm Zeug"). Gewiß aber befolgt jeder vernünftige und vorsichtige Schiffer die Regel des

„Wohlunterwiesenen Schiffers," Cap. 4. § 3. S. 74: „Vorzüglich hat der Schiffer für Erhaltung und Bergung „der bei sich habenden Schiffsdocumente und des Reisejour„nals zu sorgen, weil daran Vieles gelegen ist."

Diese, hin und wieder sogar zum Gesetz erhobene Anweisung für den Schiffer,

cf. Lübsche V. üb. Schiffsjournale u. Verkl. vom 18. Aug. 1819. § 4.

berechtigt gewiß zu dem Schlusse, daß, wenn die Zeit es irgend erlaubte und wenn sogar Kleidungsstücke gerettet worden, auch für die Bergung des zur Rechtfertigung des Schiffers so nothwendigen Schiffsjournals gesorgt sein werde, obgleich solches nicht ausdrücklich in der Verklarung gesagt wurde.

Hier kommt aber noch der sehr erhebliche Umstand hinzu, daß der Schiffer die Erzählung, welche nach der jetzigen Angabe von ihm und dem Steuermann aus dem Gedächtnisse aufgesetzt wurde, einen „Auszug aus dem Journal, gehalten am Bord" ꝛc. benannte und diesen sogenannten Auszug in einer solchen Form und mit einer solchen, die ganze Reise umfassenden und in die kleinsten Umstände eingehenden Genauigkeit abfaßte, daß nun Niemand auch nur auf den Gedanken kommen konnte, daß das Journal wirklich verloren gegangen sei. Es wurde hiedurch gleichsam geradezu dem Richter die Unwahrheit vorgetragen, daß jenes Journal gerettet worden sei, da Niemand eine bloß aus dem Gedächtnisse niedergeschriebene Erzählung mit dem Namen eines Auszuges aus einem Buche bezeichnen wird, wenn er nicht darauf ausgeht, Andere zu täuschen. Jedenfalls war aber diese Bezeichnung durchaus unrichtig, und dies muß hier um so mehr entscheiden und der Verklarung allen Werth rauben, da die übrige Mannschaft, welche die Verklarung zu beeidigen hatte, wenn sie den ihr vorgelegten Aufsatz für einen Auszug aus dem Journal hielt, demselben ein weit größeres Vertrauen schenken mußte, als wenn ihr gesagt worden wäre, daß darin nur eine aus dem Gedächtniß entworfene Erzählung enthalten sei. Hat sie hingegen gewußt, daß das Journal untergegangen sei, so hat sie wissentlich einen falschen Umstand mit beeidigt, wie dies namentlich vom Steuermann ganz bestimmt geschehen ist. Auch hat der Richter, vor dem die Verklarung abgelegt wird, ganz anders zu verfahren, wenn ihm der Verlust des Journals angezeigt wird, als wenn der Schiffer ihm einen Auszug daraus überreicht. Ist nun auch sonst eine Verklarung bei wirklichem Untergange des Schiffsjournals nicht ohne alle beweisende Kraft, so ist sie es doch alsdann, wenn solche wesentliche Unrichtigkeiten, wie sich hier finden, darin enthalten sind.

Indessen kann deshalb dem Schiffer die Befugniß, den See-Unfall auf andere Weise durch ordentliche Beweismittel darzuthun, nicht gänzlich abgeschnitten werden.

Emerigon, traité des assurances, T. II. c. 14. § 1—3. Beneke, a. a. O. Th. 4. p. 342—4.

Das diesen Grundsätzen gemäß abgefaßte Erkenntniß ist auch nicht als eine reformatio in pejus anzusehen. Denn da die vorigen Richter nur unter der Bedingung der Verklarung einen Werth beigelegt haben, daß der Kläger im Stande sein würde, sie durch Vorlegung des Journals zu bestärken, derselbe aber jetzt erklärt hat, daß ihm letzteres unmöglich sei, so ist der Ausspruch, daß er annoch zu andern Beweisen zugelassen werden solle, für ihn, den Umständen nach, nicht nachtheiliger, als die frühere Entscheidung. Und wenn auch dieses der Fall wäre, so läge darin keine unerlaubte reformatio in pejus, vielmehr ist eine solche Aenderung des vorigen Urtheils zulässig und sogar unvermeidlich, wenn die eigene Erklärung des Appellanten ergiebt, daß eine demselben in dem vorigen Urtheile gestattete Befugniß auf die dermalige Lage der Sache keine Anwendung findet.

LXXIX. (119.)

H. H. Techau, Kl., wider C. Techau, Bekl.

Carsten Techau, seit 1796 kraft natürlicher Disposition und Vergleich mit seinem jüngern Halb-Bruder Besitzer einer Viertelhufe in dem dem Heil. Geist-Hospital gehörigen (nach dem Vertrage von 1802 unter Lübische Staatshoheit gekommenen) Dorfe Diffau, errichtete am 22. Novbr. 1825 eine letztwillige, mit der Codicillarclausel versehene und mit formellen Mängeln nicht behaftete Verfügung, worin er testirte, wie folgt:

„Seinen nächsten Erben gebe er die gesetzlichen 8 ß 4 ₰ und lasse sein sämmtliches Erbgut beim Erbgange.

Er setze seinen Halbbruder Hans Hinr. Techau zum Universalerben ein, und zwar in seine gänzlich unbeschwerte Viertelhufe sowohl als auch in sein sämmtliches wohlgewonnenes Gut, doch solle derselbe an seine, des Testators, Ehefrau geben

1) das sämmtliche von ihr eingebrachte Leinenzeug;
2) die von ihr inferirten, aber nicht mehr vorhandenen 4150 ℔;
3) den Werth des in die Ehe eingebrachten Viehs mit 411 ℔.

Außer der Rückerstattung des Eingebrachten gebühre seiner unbeerbten Ehefrau den Gesetzen zufolge auch noch die Hälfte seines Erb- und wohlgewonnenen Guts. In dieser Beziehung solle der Erbe schuldig sein:

1) binnen halbjähriger Frist nach seinem Antritt der Erbschaft die Viertelhufe sammt Vieh und Fahrniß von drei Sachverständigen auf seine Kosten taxiren und die Hälfte des taxati zu Gunsten der Wittwe in die Stelle zu 4 % Zinsen einschreiben zu lassen;

2) von den beim Tode des Testators vorhandenen baaren oder auf seinen Namen belegten Capitalien die Hälfte der Wittwe auszukehren;

3) statt der ihr von dem übrigen wohlgewonnenen Gut gebührenden Hälfte ihr einen Altentheil zu gewähren, welcher aus freier Wohnung, gewissen Korn-, Milch- und Feurungs-Lieferungen nebst 150 ℔ an baarem Gelde jährlich bestehen sollte, und von dem Erben im Ganzen zu einer jährlichen Ausgabe von 317 ℔ veranschlagt ward."

Diese Disposition ward nach des Testators Ableben von dem Bruder und instituirten Erben kraft Intestaterbrechts angefochten und von dem Landgericht unterm 7. Septbr. 1827 zu Recht erkannt:

daß die Verfügung des weil. C. Techau, wodurch dem Kläger, als eingesetztem Erben, auferlegt worden, der beklagten Wittwe des Erblassers die Hälfte des abzuschätzenden Werths der Viertelhufe mit Zubehör herauszugeben, als unzuläßig aufzuheben und Kläger zu dieser Leistung nicht schuldig, im Uebrigen aber das Testament bei Macht zu erkennen und Kläger mit seinem anderweitigen dagegen erhobenen unbegründeten Widerspruch abzuweisen sei, comp. expensis.

Auf die hiegegen ergriffene beiderseitige Appellation erkannte das Obergericht am 24. Septbr. 1828:

„daß Kläger mit seiner gegen das Testament des C. Techau in Dissau erhobenen Klage lediglich abzuweisen sei, jedoch comp. exp. beider Instanzen,“ und dieses Erkenntniß ward unterm 22. Mai 1830 vom O.-A.-Gericht mit dem Zusatze bestätigt:

„daß es dem Kläger unbenommen bleibe, den aus der Erbgutsqualität der Viertelhufe des Testators entlehnten Anfechtungsgrund, sowie seinen Anspruch auf den eventuellen Abzug der Quarta Falcidia mittelst einer anderweitigen Klage, insoweit Rechtens, an und auszuführen. Unter Vergleichung der Kosten.“

Entscheidungsgründe:

„Die Gründe, aus denen der Kläger das von seinem Halbbruder errichtete Testament, soweit es über die Landstelle des Erblassers verfügt, als ungültig ansicht oder doch als für sich unverbindlich ansieht, sind im Wesentlichen folgende:

I. Es habe der Testator selbst seine Landstelle nicht vollgültig erworben gehabt und daher auch über dieselbe nicht mit Rechtsbestand disponiren können.

II. Es beruhe die ganze, bloß zu Gunsten der Wittwe errichtete Disposition auf der gänzlich unrichtigen Voraussetzung, daß ihr dasjenige, was ihr im Testamente zugewandt worden sei, auch schon den Gesetzen nach gebühre, und sei daher die Disposition schon wegen dieses Irrthums ungültig.

III. Kläger wolle nicht ex testamento in den Nachlaß des Testators succediren, sondern lediglich sein Intestaterbrecht an der Stelle geltend machen.

IV. Der Testator sei auch nach den in Dissau bestehenden bäuerlichen Verhältnissen gar nicht befugt gewesen, so wie geschehen, in Ansehung seiner Landstelle zu disponiren.

V. Die Disposition sei wenigstens insoweit ungültig, als sie über Erbgut verfüge und

VI. müsse ihm auf jeden Fall der Abzug der Falcidischen Quart gestattet werden.

Es ist nun aber

Ad I. durchaus nicht zu bezweifeln, daß der Erblasser seine Stelle vollgültig erworben habe. Denn der Kläger hat selbst nachgewiesen, daß die Stelle seinem Bruder in Folge einer väterlichen Disposition und einer desfallsigen Auseinandersetzung mit ihm (dem Kläger) sei übertragen worden, und leitet er den Mangel des gehörigen Erwerbs der Stelle lediglich aus dem von der Beklagten eingeräumten Umstande ab, daß der Verstorbene mit keinem Hausbriefe von Seiten der Gutsherrschaft sei versehen worden, weshalb es an der zum gültigen Erwerb jener Bauerstelle unerläßlichen Uebertragung derselben an den Hauswirth, durch den Gutsherrn nämlich, fehle. Nun ergeben aber die Acten, daß nicht nur die fragliche Disposition und der Uebergang der Stelle auf den Erblasser Carsten Techau zur Kunde der Gutsherrschaft gelangt ist, sondern auch, daß dieselbe ihn während eines Zeitraums von beinahe dreißig Jahren als rechtmäßigen Stellbesitzer anerkannt hat. Demnach ist wenigstens die stillschweigende Genehmigung der Gutsherrschaft in die Uebertragung der Stelle auf den gedachten Erblasser zur Genüge dargethan, und kann unter solchen Umständen der Mangel der gewöhnlichen förmlichen Uebertragungs-Urkunde nicht weiter in Betracht kommen.

Hagemann, Hdbuch des Ldwirthsch.-Rechts, S. 529.

Ad II. Auch das zweite Argument ist von keinem Gewicht. Denn es ist ein bekannter Grundsatz, daß die Anführung eines irrigen Beweggrundes oder einer unrichtigen Voraussetzung, welche zu einem Legate Veranlassung gegeben, an sich das Legat nicht unwirksam mache.

l. 72. § 6. D. de condit. et demonstr. (35, 1.)

Es bedarf daher einer Untersuchung darüber, was die Wittwe, wenn kein Testament vorhanden wäre, ex lege in Anspruch nehmen dürfe, überall nicht. Auch kann nicht etwa von der Nachlassung eines Beweises über die wahre Absicht des Testirers die Rede sein, indem aus dem Testamente klar genug hervorgeht, daß derselbe seiner Ehefrau dasjenige, was ihr in demselben ausgesetzt worden, keineswegs bloß aus jener Voraussetzung zugewandt habe, sondern es ihr auch dann

zugewandt haben würde, wenn sich behaupten ließe, daß ihr solches nicht ohnehin schon ex lege gebühre.

Ad III. Gegen das dritte Argument mögte sich schon das Bedenken erheben lassen, ob nicht der Kläger schon durch die Klage, worin jener Grund noch überall nicht geltend gemacht ist, die Erbschaft ex testamento wirklich angetreten habe, und ob er daher überall noch befähigt sei, omissa causa testamenti ab intestato zu succediren.

Sodann aber ist es auch Regel, daß der im Testamente eingesetzte Intestaterbe die testamentarische Erbschaft nicht ausschlagen könne, um sich dadurch der Prästation der Legate zu entziehen, sondern daß er diese, der Ausschlagung ungeachtet, dennoch entrichten müsse,

Tit. D. si quis omissa causa test. (29, 4.)

und braucht man endlich selbst auf die Frage, ob nicht etwa eine justa causa omittendi vorliege, nicht einzugehn, da auf jeden Fall entscheidet, daß das angefochtene Testament mit der Codicillarclausel versehen, und daher zugleich als Codicill ab intestato zu betrachten ist, dessen Disposition der Kläger auch als Intestaterbe ebensowohl erfüllen muß.

l. 16. D. de jure codicillorum (29, 7.)

Vielmehr Anschein hat dagegen, was der Kläger

Ad IV. vorgebracht hat.

Hier muß man zuvörderst dem Kläger darin vollkommen beipflichten, daß, wenn gleich die Behauptung der Beklagten über die Anwendbarkeit des Lübschen Rechts in Dissau, wie unten noch näher zu erwähnen ist, für begründet zu achten, dennoch diese Anwendung nur insofern statthaft erscheint, als solche mit den bäuerlichen Verhältnissen überhaupt vereinbarlich ist. Auch hat das keinen Anstand, daß sich die Landstellen der Eingesessenen zu Dissau im gutsherrlichen nexu befinden, und daß die Besitzer derselben, soweit sie nicht durch specielle Verträge mit der Gutsherrschaft eine unbedingte Dispositionsfreiheit erlangt haben, keineswegs befähigt sind, in Ansehung derselben ganz nach freier Willkühr zu verfügen. Denn die Dorfschaft Dissau

gehört notorisch dem Heil. Geist-Hospital zu Lübeck, und die zu den Acten gebrachten Urkunden ergeben, daß die Eingesessenen derselben zu solchen Geld- und Natural-Prästationen an das Hospital als ihre Gutsherrschaft pflichtig sind, wie sie durchgängig bei eigentlichen Bauerstellen vorkommen und dieselben als solche charakterisiren. Es erweisen ferner die den Hausbriefen der Stellbesitzer angehängten Clauseln, in welchen das von Alters her ganz allgemein im Lübeckischen Gebiete geltende Princip: „Land und Sand gehört der Herrschaft" ausgesprochen ist, daß dieselben namentlich zu jeder Veräußerung und Veränderung den gutsherrlichen Consens des Hospitals vorher zu erbitten haben. Auch kann dagegen dasjenige, was die Beklagte in ihrem Appellations-Libelle voriger Instanz darüber vorgetragen hat, daß den Eingesessenen zu Dissau ein freies Eigenthum an ihren Stellen und eine unbeschränkte Dispositionsbefugniß in Ansehung derselben zustehe, nicht in Betracht kommen, indem einestheils daraus, daß sich einzelne Hauswirthe zu Zeiten über die in ihren Verhältnissen allerdings liegenden Beschränkungen hinweggesetzt und dazu in den politischen und andern Verhältnissen Aufforderung und Erleichterung gefunden haben, noch nicht folgt, daß sie zu solcher Emancipation auch berechtigt gewesen seien, und indem anderntheils viele derjenigen Dispositionen, auf welche die Beklagte sich zur Begründung ihrer Behauptung bezieht, sich auch mit einem beschränkten Eigenthum und mit einem bloßen dinglichen Benutzungsrechte des Bauern recht wohl vereinigen lassen. Wenn die Beklagte aber sogar soweit geht, die in den unter gerichtlicher Autorität ausgefertigten Hausbriefen vorkommenden beschränkenden Clauseln als von den Unterbeamten der Gutsherrschaft einseitig eingeführt und von der gerichtlichen Behörde ebenso einseitig angewandt darzustellen, so verdient diese offenbar irrige Behauptung gar keine Beachtung.

Ferner unterliegt es auch nicht dem geringsten Bedenken, die Techau'sche Stelle ganz nach den nämlichen Grundsätzen zu beurtheilen, welche erwiesenermaßen von Alters her in Ansehung der Bauerstellen zu Dissau überhaupt gelten, indem

die einzelnen Mitglieder einer Dorfgemeinde, welche der nämlichen Gutsherrschaft angehören, im Zweifel in gleichen Verhältnissen zu dieser Gutsherrschaft stehen, der verstorbene Techau auch dieselben Abgaben an die Gutsherrschaft entrichtet hat, als die übrigen Eingesessenen, und seine Verbindlichkeit, einen Hausbrief von der Gutsherrschaft zu nehmen, im Allgemeinen nicht bezweifelt wird, und indem eine dahin gehende Behauptung, daß derselbe in neuerer Zeit, gleich einigen seiner Nachbarn, umfassendere Rechte in Ansehung des freien Eigenthums und der Dispositionsbefugniß über die Stelle durch Vertrag mit der Gutsherrschaft erworben habe, sich in den Acten nirgends aufgestellt findet.

In Folge dieser Verhältnisse beruft sich aber der Kläger darauf, daß der Erblasser Techau nicht befugt gewesen sei, zu Gunsten seiner Wittwe die Stelle mit solchen Lasten zu belegen, welche nicht schon nach den Gesetzen als eine Schuld der Stelle anzusehen seien und worauf der Wittwe nicht schon ohnehin ein Anspruch zustehe, und daß er, Kläger, das Recht habe, solchen ihm lästigen Dispositionen die Anerkennung zu versagen, und zwar rechnet er in die Categorie der für ihn unverbindlichen Dispositionen theils die ihm zur Pflicht gemachte Restitution der von der Wittwe bei ihrer Verehelichung dem Erblasser zugebrachten Capitalien und sonstigen Gegenstände neben einem Altentheile, theils die von ihm begehrte Auskehrung des halben Schätzungswerths der Viertelhufe des Erblassers nebst Zubehör, ebenfalls sogar neben einem Altentheile, theils endlich die Leistung dieses Altentheils an und für sich in dem vorgeschriebenen, alles landübliche Maaß weit übersteigenden Umfange.

Soviel nun zuvörderst die Restitution der Illata neben einem Altentheile anbetrifft, so läßt sich schon durchaus nicht behaupten, daß die Beklagte kein Recht auf die Zurückforderung ihres Eingebrachten haben würde, wenn kein Testament vorhanden wäre, und daß mithin um deßwillen der Testator dieselbe auch nicht habe anordnen dürfen. Denn auf der einen Seite bildet auch nach Deutschem Eherechte die Resti-

tution des Eingebrachten bei Aufhebung der Ehe durch den Tod die Regel,

Eichhorn, Einl. in d. Deutsche Priv.-R. §. 295.

und liegt in der rechtlichen Natur der Bauergüter und in den bäuerlichen Verhältnissen an sich kein hinreichender Grund, um bei diesen nothwendig eine Ausnahme eintreten zu lassen.

Auf der andern Seite aber hat die überlebende Ehefrau eines Bauern zugleich unbestritten ein Recht auf ein lebenslängliches Altentheil.

Es besteht also neben einander ein gedoppelter Anspruch auf die Restitution der Illaten und auf das Altentheil, und folglich ließe sich nur dann behaupten, daß jener durch diesen ausgeschlossen werde, wenn entweder beide durchaus mit einander unverträglich wären, oder wenn man annehmen müßte, daß das Altentheil lediglich für das Einbringen des Vermögens der Ehefrau prästirt werde, weil dann in dem Altentheil das Aequivalent für das Eingebrachte liegen würde, oder endlich, wenn der eingeführte Gebrauch es mit sich brächte, daß die Frau ihre Illaten nothwendig bei der Stelle lassen müßte oder sie doch nur zwischen beiden wählen dürfte.

Eine absolute Unverträglichkeit der Restitution der Illaten neben dem Altentheile läßt sich nun aber gewiß nicht behaupten und ebensowenig, daß das Altentheil lediglich als ein Contrapraestandum für die Illation des Brautschatzes u. w. d. a. zu betrachten sei. Denn die aufheirathende Ehefrau eines Bauern erwirkt, auch wenn sie Nichts in die Stelle einbringt, schon durch den bloßen Eintritt in das Bauerngut und in die Gemeinschaft der Benutzung oder des Eigenthums an demselben, ingleichen durch die Verwendung ihrer Kräfte auf die Bewirthschaftung der Stelle und auf die Erziehung des künftigen Stellbesitzers ein Recht auf lebenslänglichen Wohnsitz und Versorgung auf dem Gute, und diese Versorgung wird ihr nur, nachdem der künftige Hauswirth die Wirthschaft übernommen, in der Form des Altentheils prästirt. Diesen Grundsatz darf man um so mehr im Lübeckischen Gebiete als geltend ansehen, da es sich aus mehrern notorischen Verhält-

niſſen ergiebt, daß keineswegs die Illata der aufheirathenden Ehefrau eines Bauern der Stelle des Letzteren incorporirt werden. Stirbt nämlich eine ſolche Frau in unbeerbter Ehe, und es iſt nicht die Clauſel „längſt Leib längſt Gut" verabredet, ſo muß der Mann an ihre Erben, gerade ſo wie es unter Bürgern der Fall iſt, das ihm Zugebrachte, nach Abzug des ihm ſelbſt daran gebührenden Antheils auskehren, wie ein ſolcher Fall zum Ueberfluß durch die Anl. H. der obergerichtlichen Acten beſcheinigt wird. Wenn ferner ein beerbter Wittwer zur zweiten Ehe ſchreitet, ſo hat er ſich zuvor mit ſeinen Kindern erſter Ehe wegen des ihm zugebrachten Vermögens ſeiner verſtorbenen Ehefrau auseinander zu ſetzen. Beides weiſet deutlich darauf hin, daß die Illaten keineswegs der Stelle ohne Weiteres erworben werden. Anlangend aber endlich einen etwanigen Gebrauch, vermöge deſſen die Frau, wenn ſie das Altentheil wirklich annimmt, ihre Illaten der Stelle laſſen muß, ſo iſt auch dieſes keineswegs und namentlich nicht in Diſſau zu behaupten, vielmehr hat der Kläger durch den von ihm beigebrachten Hausbrief des Bauervoigts Fock vom Jahre 1818 ſelber den Beweis geliefert, daß noch in der neueſten Zeit eine abtretende Mutter gerade ihre Illata an Hausgeräthe, Leinzeug, Betten u. ſ. w. mit ſich auf das Altentheil genommen hat.

Dieſemnach muß man, wenn gleich in andern Gegenden Deutſchlands, z. B. im Oldenburgiſchen und Calenbergiſchen, andere Grundſätze gelten,

Runde, v. d. Leibzucht, S. 356 u. 373.

im Lübeckiſchen Gebiete die Zurückforderung der Illaten neben dem Altentheile als die Regel anſehen, ſo daß es inſoweit gar nicht einmal einer Beziehung auf das vorliegende, an ſich rechtsgültige Teſtament bedarf, und kann ſich der Kläger dagegen auch nicht auf das im Jahre 1804 gegen ihn ſelbſt ergangene Erkenntniß berufen, bei welchem allerdings unter Anderem, mit Beziehung auf desfallſige Landesſitte, auch von dem Satze ausgegangen iſt, daß eine aufheirathende Ehefrau zur Verwendung ihres Vermögens ins Erbe verbunden ſei

und dagegen als Wittwe eine Leibzucht erhalte. Denn eine res judicata kann derselbe hieraus nicht entnehmen, weil das Erkenntniß nicht gegen die jetzige Beklagte ergangen ist, und selbst als Präjudicat ist es nicht von großem Gewichte, weil die Entscheidung keineswegs bloß auf jenen Rechtsgrund, sondern auch außerdem noch, und zwar hauptsächlich, auf eine väterliche Disposition, auf einen geschlossenen Vertrag und auf die erweisliche Intention der Parteien gestützt worden ist.

Endlich hat auch das keinen Anstand, daß auch die Stelle selbst und nicht etwa bloß das freie Allodium des Ehemannes für die Restitution zu haften hat, indem die Hypotheken-Ordnung für das Stadtgebiet vom 22. März 1820 § 22 den Ehefrauen ausdrücklich das Recht vorbehält, sich die Protocollation ihrer Brautschatzgelder in die Stelle auszubedingen.

Bedenklicher mögten dagegen allerdings die Fragen sein, ob man der Ehefrau eines Bauern auch ein gesetzliches Recht auf eine statutarische Portion aus der Stelle und zwar sogar neben der Restitution der Illaten und neben einem Altentheile einräumen könne, ingleichen ob ein Bauer in Ansehung des Maaßes der seiner Stelle aufzubürdenden Altentheilsleistungen eine ganz unbeschränkte Dispositionsfreiheit habe? Indessen kann man dieselben, sowie die nähere Erwägung, ob, was den concreten Fall anbetrifft, das der Beklagten im Testament ausgesetzte Altentheil für den Verhältnissen und den Kräften der Stelle angemessen zu erachten sein dürfte, lediglich auf sich beruhen lassen, da sich aus der weitern Erörterung ergeben wird, daß der Kläger auf keinen Fall für berechtigt angesehen werden kann, sich der Erfüllung der ihm durch das Testament auferlegten Verpflichtungen zu entziehen.

Derselbe hat nämlich diese seine Verbindlichkeit aus zwei wesentlich verschiedenen Fundamenten bestritten, indem er sich einmal auf ein ihm zustehendes Anerbenrecht beruft, vermöge dessen er befugt sei, aller ungewöhnlichen und übermäßigen Belastung der Stelle zu widersprechen und die Cassirung aller eine solche Belastung involvirenden Dispositionen über die

Stelle zu verlangen, und indem er fürs Andere davon ausgeht, daß es der vorliegenden teſtamentariſchen Dispoſition an dem unerläßlich erforderlichen gutsherrlichen Conſenſe fehle, dadurch aber eine abſolute Nullität derſelben bewirkt werde.

Allein, ſoviel zuvörderſt das ſogenannte Anerbenrecht betrifft, ſo pflegt man freilich auch im Lübeckiſchen denjenigen Inteſtaterben, auf welchen ein Bauerngut der gewöhnlichen oder herkömmlichen Erbfolge-Ordnung nach zunächſt vererbt, mit dem Namen des Anerben zu belegen. Es läßt ſich aber durchaus nicht behaupten, daß im Lübeckiſchen Gebiete dieſem Anerben, inſoweit die Stelle nicht Erbgut iſt, ſogar in dem Umfange ein eignes Recht auf Succeſſion in das Bauerngut zuſtehe, daß er, wie der Agnat und Lehnsfolger, Veräußerungen des Stellbeſitzers — wenn er zur Succeſſion gelangt — ohne Weiteres widerrufen könnte, und kann ſich der Kläger zur Begründung einer ſolchen Behauptung auch nicht auf ein allgemeines Colonat oder Bauern-Recht berufen, indem entſchieden an vielen Orten ein ſolches jus quaesitum dem Anerben gar nicht zuſteht. Vielmehr hat es keinen Anſtand, daß der Erblaſſer, da den Bauern die Befugniß, ein Teſtament zu errichten, ihrer Perſon und ihrem Stande nach unbezweifelt gebührt, mit Uebergehung ſeines Halbbruders, des Klägers, welcher nicht zu den Notherben und Pflichttheilsberechtigten gehört, jeden extraneum zum Erben in ſeine Landſtelle hätte inſtituiren und ſo den Kläger ganz von der Erbfolge ausſchließen können. Stand ihm aber dieſes frei, ſo kann ihm auch die Befugniß nicht abgeſprochen werden, die Stelle mit ungewöhnlichen Laſten zu beſchweren und ſo den Beſitz und Genuß derſelben dem Kläger zu ſchmälern, und iſt es unter dieſen Umſtänden auch völlig irrelevant, ob der Kläger bei ſolchen Laſten auf der Stelle würde beſtehen können oder nicht.

Was dagegen das aus dem mangelnden gutsherrlichen Conſenſe in die vorliegende Dispoſition entlehnte Argument betrifft, ſo läßt ſich zwar nicht verkennen, daß die die Dispoſition der Stellbeſitzer weſentlich beſchränkende Hausbrief-Clauſel — obgleich ſie nur von Dispoſitionen inter vivos

namentlich zu reden scheint — sowohl ihrem Zweck als ihrer allgemeinen Fassung nach auch auf Verfügungen auf den Todesfall Anwendung finden müsse, und daß daher das Hospital zum Heil. Geist für befugt zu erachten sei, unter Umständen der in einem Testament verfügten Stellübertragung, ingleichen der in demselben angeordneten Verpfändung der Stelle für gewisse dem Erben auferlegte Prästationen seinen gutsherrlichen Consens zu versagen. Auch ist nicht nachgewiesen, daß der verstorbene Techau zu der hier in Frage stehenden Disposition den gutsherrlichen Consens zuvor erbeten oder erhalten habe. Allein, abgesehen von dem Zweifel, ob die aus dem Rechte der Gutsherrschaft herrührende Nullität auch von dem Anerben geltend gemacht werden könne, so ist für die gegenwärtige Sache auf jeden Fall entscheidend, daß der Testirer den Kläger in seinem Testament nicht bloß zum Erben seiner Stelle, sondern daß er ihn zugleich zum Universal-Erben seines ganzen Nachlasses eingesetzt hat, und es einem also instituirten Erben nicht freisteht, die Erbschaft zum Theil anzutreten und zum Theil auszuschlagen und solchergestalt die Stelle von dem übrigen Nachlaß zu trennen. Wenn man daher auch annehmen wollte, daß der Kläger einzelne testamentarische Dispositionen, z. B. die Protocollation gewisser Legate, um deswillen nicht zu erfüllen brauche, weil es an dem gutsherrlichen Consense dazu fehle, so würde er doch, als Universalerbe überhaupt und vermöge der ihm in dieser Eigenschaft obliegenden Verpflichtung, die Legate zu prästiren, nichtsdestoweniger zur Erfüllung des Testaments gehalten sein, und würde er, wenn etwa die Protocollation nicht erfolgen sollte, nur um so gewisser für die alsbaldige wirkliche Auszahlung der Legate, soweit er durch das Testament honorirt worden, zu sorgen haben. Auch kann man sich hiergegen, abermals abgesehen von der Erbgutqualität, nicht auf die verschiedene rechtliche Natur des Bauernguts und des sonstigen Allodial-Nachlasses berufen, um daraus die Folgerung abzuleiten, daß man füglich diesen ausschlagen und in jenes nichtsdestoweniger succediren könne, indem dem Kläger solches nur dann zu

gestatten wäre, wenn ihm wirklich ein eignes agnatisches Successionsrecht auf die Bauerstelle zustände, welches sich jedoch, dem Obigen zufolge, nicht annehmen läßt.

Demnach konnte derselbe auch aus dem Grunde eines beschränkenden Einflusses der bäuerlichen Verhältnisse auf die Dispositionsbefugniß des Testirers nicht von der Erfüllung der testamentarischen Dispositionen freigesprochen werden.

Anlangend hiernächst

ad V. den fernern auf die Gültigkeit des Lübischen Rechts in dem Dorfe Dissau gestützten Anfechtungsgrund, daß der Testator über Erbgut verfügt habe, so beseitigt sich dieser freilich nicht, wie der vorhergehende, durch das Vorhandensein eines an sich rechtsbeständigen Testaments, indem nach bekannten Grundsätzen des Lübischen Rechts über Erbgut jede testamentarische Disposition gänzlich untersagt ist.

Auch hat die Anwendung des Lübischen Rechts in dem hier in Frage stehenden Theil des Gebiets der Stadt Lübeck, unbeschadet der eigenthümlichen Natur der bäuerlichen Verhältnisse, die entschiedene Praxis für sich. Soviel die neuere Zeit seit dem Hoheitsvertrage von 1802 anbetrifft, so ist solches durch die von der Beklagten in der vorigen Instanz beigebrachten Präjudicate sowie auch durch das Attestat des Landgerichts vom 21. Mai 1824 außer Zweifel gesetzt. Allein, daß auch schon vor jenem Vertrage das Lübische Recht daselbst beständig in Anwendung gebracht sei, ergiebt sich theils aus dem beigebrachten Zeugnisse des Landgerichts in einer im Jahre 1823 entschiedenen Mahlkendorfer Rechtssache, theils aus demjenigen, was namentlich in einem bei dem Reichskammergericht 1789—1792 anhängig gewesenen Processe der Geschwister Eggers wider Ludw. Eggers Wittwe in Dissau vorgekommen ist, welcher Sache in den handschriftlichen Zusätzen des verstorbenen Dreyer zu dem auf der Stadtbibliothek asservirten Exemplare seiner Einleitung in die Lübeckischen Verordnungen Erwähnung geschieht. Da nun auch die beiden vorigen Gerichte übereinstimmend von der Prämisse der Anwendbarkeit des Lübischen Rechts auf die Rechts-

verhältnisse der Eingesessenen der Dorfschaft Dissau ausgehen, so kann es um so weniger Bedenken haben, die Vorfrage, ob der Testator über Erbgut gültig habe testiren können, zu verneinen.

Ob und wie weit nun aber dieser Anfechtungsgrund im Uebrigen materiell begründet zu achten sei, darüber zu entscheiden mußte das O.-A.-Gericht nach der eigenthümlichen Lage der Sache erhebliches Bedenken tragen. Der Kläger hat nämlich seine Klage überall nicht auf das Lübische Recht und auf die Behauptung gestützt, daß der Erblasser über Erbgut verfügt habe, und das Testament um deswillen ungültig sei, sondern dieselbe ist lediglich auf die allgemeinen Grundsätze des Colonatrechts und auf die Behauptung gegründet, daß zufolge dieses Colonatrechts der verstorbene Techau nicht in der Maße, wie geschehen, über seine Stelle gültig habe verfügen können. Derselbe hat ferner in der Replik dieses alleinige Fundament seiner Klage wiederholt auf das Bestimmteste hervorgehoben, und überdies in zweiter Instanz nicht nur die Anwendbarkeit des Lübischen Rechts und der Grundsätze desselben über das Erbrecht auf Erbschaftsfälle im Dorfe Dissau bestimmt in Abrede gestellt, sondern auch die durch das Landgerichts-Erkenntniß aufrecht erhaltenen Dispositionen des Testaments überall nicht und selbst nicht einmal eventualiter aus dem jetzt in Frage gestellten Grunde angefochten. Bloß vertheidigungsweise hat sich der Kläger in der vorigen Instanz auch auf die Grundsätze des Statuts bezogen, um wenigstens die Bestätigung des lediglich auf diese Principien gestützten landgerichtlichen Erkenntnisses zu bewirken. Erst in der jetzigen Instanz hat er aus dem Lübischen Erbrechte einen besondern Anfechtungsgrund entnommen und diesen in seiner fünften Beschwerde weiter ausgeführt.

Bei dieser Lage der Sache muß man aber der Beklagten Recht geben, wenn sie vor allen Dingen diese Beschwerde für neu und deshalb verwerflich erklärt, indem darin allerdings die offenbarste mutatio libelli liegt. Auch kann sich der Kläger nicht zur Beseitigung dieses Einwandes auf das

beneficium novorum berufen, indem daſſelbe eine Partei wohl berechtigt, neue, in den frühern Inſtanzen noch nicht vorgetragene Ausführungen und Beweiſe zur Unterſtützung des früher geltend gemachten fundamentum agendi nachzuholen, nicht aber das Klagfundament ſelbſt zu ändern.

l. 4. C. de temp. et repar. app. (7, 63.)

K.-G.-O. v. 1555, Thl. III. tit. 33. § 5.

Freilich gehört es nun lediglich ad jura partium, ob ſich der Beklagte auch auf ein verändertes Klagfundament einlaſſen will oder nicht, und erregt es daher erheblichen Zweifel, daß die Beklagte nicht nur gegen den Gebrauch des von den Richtern erſter Inſtanz — auf Veranlaſſung einer in dem Teſtament des C. Techau vorkommenden Aeußerung deſſelben über die Qualität der zu ſeinem Nachlaß gehörigen Güter — hergenommenen Entſcheidungsgrundes keineswegs proteſtirt, ſondern auch in der gegenwärtigen Inſtanz die Statthaftigkeit der neuen Beſchwerde dem Ermeſſen des Gerichts anheimgeſtellt hat. Da jedoch hierin keine hinreichend beſtimmte Erklärung liegt, ſich jene ganz offenbare mutatio libelli in dritter Inſtanz gefallen zu laſſen, Verzichte aber die Vermuthung gegen ſich haben; da ferner beide Theile über die betreffende Frage noch keineswegs vollſtändig verhandelt haben, indem ſich nicht einmal erſehen läßt, in welchem Umfange das Vermögen des Teſtators als Erbgut zu betrachten und in welcher Maaße ſonſt noch freies, der Diſpoſitionsbeſchränkung nicht unterliegendes Gut zur etwanigen Berichtigung der Legate vorhanden ſei: ſo mußte es für angemeſſen erachtet werden, dem Kläger in dieſer Hinſicht lediglich competentia zu reſerviren, welcher Vorbehalt jedoch in das Urtheil ſelbſt aufzunehmen war, damit nicht aus der reinen Beſtätigung des vorigen Erkenntniſſes eine exceptio rei judicatae gegen eine etwanige ex hoc fundamento zu erhebende neue Klage entnommen werden möge.

Auf gleiche Weiſe konnte

ad VI. die ſechste klägeriſche Beſchwerde — daß dem Kläger doch auf allen Fall die Falcidiſche Quart ungeſchmälert

bleiben müsse, während der ganze Techau'sche Nachlaß nicht einmal zur Berichtigung der Legate hinreicht — nur zu einem angemessenen Vorbehalt im Urtheil führen. Denn von diesem Argumente ist nicht nur in der Klage, sondern auch in den sämmtlichen Verhandlungen der vorigen Instanzen überall kein Gebrauch gemacht, und kann sich der Kläger auch hier aus dem schon oben erwähnten Grunde auf das beneficium novorum nicht berufen. Im Gegentheil hat die Beklagte bei dieser Beschwerde auf das Bestimmteste gegen jede Berücksichtigung des neuen Klagfundaments protestirt.

Aus diesen Gründen ist so, wie geschehen, zu erkennen gewesen, und rechtfertigt sich die Compensation der Kosten dieser Instanz bei dem Wechsel der vorigen Erkenntnisse und bei der in mehr als einer Hinsicht vorhandenen großen Zweifelhaftigkeit der Entscheidung von selbst.

LXXX. (120.)

P. Thee contra v. Bahlen Wwe.

In Sachen Peter Thee & Sohn, Beklagten,

contra

C. v. Bahlen Wwe., geb. Maider, Klägerin,

Forderung aus einem Vergleich betr.,

hatten Beklagte gegen das obergerichtliche Erkenntniß vom 8. Jan. 1829 ans O.-A.-Gericht appellirt und die doppelte Beschwerde aufgestellt:

I. daß Klägerin nicht zum Beweise des abgeläugneten Klaggrundes verpflichtet,

II. daß nicht wenigstens den Beklagten der Beweis ihrer Einreden nachgelassen worden sei.

Diese Beschwerden wurden jedoch für unbegründet erkannt, und die sent. a qua unterm 30. Jan. 1830 bestätigt aus nachstehenden Entscheidungsgründen.

Ad I.

Die Klägerin hatte ihre Klage darauf gestützt, daß zwi-

schen ihr und den Beklagten ein Vergleich zu Stande gekommen sei wegen der ehemals Pfeiffer gehörig gewesenen, an sie vermietheten, demnächst aber an die Beklagten verkauften Schwärze-Fabrik, und daß in diesem Vergleich die Uebernahme der in der Klage specificirten Waaren und andern Gegenstände abseiten der Beklagten zu den angesetzten Preisen stipulirt worden, wofür dieselben ihr die libellirte Summe schuldig geworden seien.

Diese Klage ist nun aber nach der von den Beklagten sowohl in der gegenwärtigen Sache, als auch in den frühern adjungirten Acten gegebenen Auskunft über die gegenseitigen factischen Verhältnisse für völlig eingestanden anzunehmen und folglich die Klägerin mit keinem weitern Beweise zu belasten. Denn daß überhaupt ein Vergleich wegen der Fabrik qu. unter den Parteien zu Stande gekommen und daß in diesem Vergleiche namentlich die Uebernahme der beregten Gegenstände abseiten der Beklagten zu den angesetzten Preisen vereinbart worden sei, das ist in allen Verhandlungen ausdrücklich eingeräumt worden; es muß aber auch die richtige Lieferung der überlassenen Waaren ꝛc. an die Beklagten um so mehr als wenigstens implicite eingestanden angesehen werden, da die Beklagten dieselbe nicht nur nirgends in Abrede gestellt, sondern sich vielmehr in gegenwärtiger Instanz über die mangelhafte Beschaffenheit der gelieferten Waaren beschwert haben.

Die entgegengesetzte Ansicht der Beklagten beruht hauptsächlich auf der Annahme, es habe zur gehörigen Begründung der Klage nicht genügt, diejenige einzelne Bestimmung des Vergleichs anzuführen, aus welcher die Klägerin Ansprüche an die Beklagten herleite, sondern, daß sie auch alle sonstigen Vergleichspunkte habe angeben und deren Erfüllung, soweit geläugnet, habe nachweisen müssen, weil nach den von der exceptio non impleti contractus geltenden Grundsätzen aus einem zweiseitigen Contracte nur insofern Klage erhoben werden könne, als der Kläger seinerseits auch die eigene vollständige Contracts-Erfüllung nachzuweisen vermöge.

Allein zuvörderst

1) ist schon diese Theorie, wie neuerlich

Heerwart im Archiv für civil. Praxis VII. N. 18. ausgeführt hat, weder mit den Gesetzen, noch mit sonstigen allgemein anerkannten Rechtssätzen zu vereinigen und liegt vielmehr, wenn aus einem zweiseitigen Geschäfte von dem einen Contrahenten auf Erfüllung geklagt wird, dem Beklagten, welcher behauptet, daß dieser Vertrag außer dem von dem Kläger angeführten Theile noch anderweitige Verabredungen enthalten habe, aus denen er Gegenansprüche an den Kläger ableitet, die Pflicht ob, diese anderweitigen Verabredungen bestimmt anzugeben und, wenn sie geläugnet werden sollten, zu erweisen, welchemnächst erst den Kläger wieder die Reihe des Beweises dahin trifft, daß er auch diesen Contractsbestimmungen bereits Genüge geleistet habe.

Sieht man nämlich

a) darauf, wie das Vertheidigungsmittel der exceptio non impleti contractus in den Rechtsquellen bezeichnet ist, so erscheint dasselbe dort überall als eine wahre exceptio, wenn gleich der Name exceptio non impleti contractus nicht vorkommt. Schon in den Institutionen des Gajus findet sich die Bemerkung, daß derjenige, welcher in Folge einer credendi causa eingegangenen Stipulation ex stipulatu auf Rückzahlung des Geldes belangt werde, sich, wenn das Geld ihm nicht bezahlt worden sei, mit der exceptio doli schützen könne,

a. a. O. lib. IV. § 116,

welche im § 2. I. de except. (4, 13)

eine exceptio non numeratae pecuniae genannt wird und eine wahre exceptio non impleti contractus ist; und in specieller Beziehung auf den Kaufcontract wird von Gajus erwähnt, daß dem Verkäufer, welcher auf den Kaufpreis klage, die exceptio opponirt werden könne, daß zuvor die verkaufte Sache tradirt sein müsse,

a. a. O. IV. § 126.

wobei dieſelbe ausdrücklich eine justa exceptio benannt wird. Ferner kommt die Einrede in gleicher Beziehung auf den Kaufcontract als doli exceptio vor in

l. 5. Cod. de evict. (8, 45.)

und zum Beweiſe, daß dieſe exceptio doli völlig identiſch ſei mit unſerer exceptio non impleti contractus, dient inſonderheit

l. 5. § 4. D. de doli exc. (44, 5.)

wo dieſelbe eine exceptio mercis non traditae genannt wird.

Es wird demnach die entgegenſtehende, von

Gönner, Handb. des Proc. Bd. II. N. 34

aufgeſtellte Theorie, welche die erwähnte Einrede mehr als eine negative Litisconteſtation anſieht und in dem Vorſchützen derſelben eine Ergänzung des Klaglibells findet, durch die Geſetze nicht unterſtützt, und wenn die Beklagten meinen, daß auf den Ausdruck exceptio in jenen Fragmenten kein Gewicht gelegt werden dürfe, weil darunter auch oft die ganze defensio des Beklagten, mithin auch die Abläugnung des Klaggrundes, verſtanden werde, ſo iſt das unrichtig, indem ſchon der Ausdruck defensio das Abläugnen des Factums oder der Sachverhältniſſe nicht unter ſich begreift, die Bedeutung des Worts exceptio aber noch eine engere iſt.

Heffter, Inſtitut. des röm. u. deutſchen Civilproc. p. 93. n. 3.

Aber auch

b) bloß auf die Natur der Sache geſehen, enthält das fragliche Vertheidigungsmittel, wie dies inſonderheit

Heerwart a. a. O.

entwickelt hat, eine wahre Einrede.

Denn vermöge eines ihnen ſelbſt aus dem fraglichen Geſchäfte zuſtehenden, nöthigenfalls mit einer eigenen Klage zu verfolgenden Anſpruches ſuchen die Beklagten den Anſpruch der Klägerin zu beſeitigen, worin nach

l. 2. pr. D. de exc. (44, 1.)

gerade das Weſen einer exceptio liegt.

Sie weigern die Contractserfüllung, bis auch die Klägerin ihrerſeits dem Contracte Genüge geleiſtet habe, und üben

solchergestalt ein wirkliches Retentionsrecht an der contractlichen Gegenleistung,

cf l. 13. § 8 l 25. D. de act. emti vend. (19, 1.)

Thibaut, System der Pand. § 169. 311.

Schweppe, Röm. Pr.-R. (4te Ausg.) § 183d.

und ist kein Grund vorhanden, hierin weniger eine exceptio zu finden, als in der Ausübung jeder andern Art des gesetzlichen Retentionsrechts.

Diesemnach würden denn die Beklagten vielmehr diejenigen Contractsbedingungen, aus welchen sie Ansprüche an die Klägerin bilden, anzugeben und zu beweisen gehabt haben, als daß der Klägerin noch ein desfallsiger Beweis anzusinnen wäre.

Nun berufen sich freilich die Beklagten auch noch darauf, daß der ganze bisher vorhandene Beweis des Klaggrundes lediglich auf ihrem eigenen Eingeständnisse beruhe, dieses Geständniß aber von ihnen dahin limitirt worden sei, daß der Vergleich auch noch andere Punkte enthalten habe, vermöge deren die Klägerin auch ihrerseits wiederum zu Leistungen verpflichtet sei, und daß es nicht gestattet werden könne, das in solcher Maße abgelegte Geständniß zu theilen, die der Klägerin günstige Einräumung zu acceptiren und die Limitation in Abrede zu stellen, und hat es seine Richtigkeit, daß die Liquidität der klägerischen Ansprüche lediglich auf dem in der gedachten Maße limitirten Geständnisse der Beklagten beruht, indem die Klägerin weder in dem frühern Processe ex vendito, noch in dem gegenwärtigen Rechtsstreite irgend Etwas zum Beweise ihres Anspruches beigebracht hat. Allein, wenn es gleich nicht gestattet werden kann, ein Geständniß zu theilen, welches, wie die ältern Juristen solches ausdrückten, aus capitibus connexis im Gegensatze der sog. capita separata besteht — und Solches findet wenigstens dann Statt, wenn demselben solche Beschränkungen hinzugefügt sind, welche das Zugestandene zu einem wesentlich Anderen machen oder welche dasselbe in der Maße modificiren, daß vielmehr das Wesentliche der gegnerischen Behauptung in Abrede gestellt, als daß

es eingeräumt wird — so sind doch diejenigen Modificationen, welche die Beklagten ihrem Geständnisse hinzugefügt haben, in jene Categorie nicht zu bringen. Denn durch diese Modificationen wird die der Klage zum Grunde liegende thatsächliche Behauptung, welche an sich den Anspruch der Klägerin vollkommen begründet, keineswegs bestritten, sondern dieselben sind eigene und zwar wirkliche Einreden bildende Behauptungen über anderweitige Verabredungen, neben welchen die der Klage zur Basis dienende Stipulation bestehen kann, es mögen jene als wahr oder als nicht wahr gedacht werden, und folglich ist auch in Ansehung ihrer eine Theilbarkeit des Geständnisses allerdings möglich. Am Wenigsten kann dieses in Ansehung des Einwandes der Beklagten, daß die Klägerin ihnen die Niederlegung ihres Knochenhandels zugesagt habe, einem Bedenken unterliegen, indem es feststeht, daß, wenn überhaupt diese Niederlegung bedungen sein sollte, solches auf keinen Fall gleichzeitig mit der ursprünglichen Verabredung, sondern erst hinterher vereinbart sei. Denn unter dieser Voraussetzung kann daraus überall nicht einmal eine eigentliche exceptio non impleti contractus gegen die hier erhobene Klage entnommen werden, sondern die Behauptung der Beklagten bezielt eine selbstständige Gegenforderung aus einem besondern Vertrage und betrifft also auf jeden Fall einen von dem Eingeständniß der Klage völlig trennbaren Gegenstand.

Es konnte aber auch

Ad II. der zweiten Beschwerde der Beklagten nicht Statt gegeben werden. Denn unter den drei Einreden, zu deren Beweis sie zugelassen zu werden verlangen, ist ihnen

1) die Einrede, daß Klägerin sich zur Niederlegung des Knochenhandels verbunden habe, in dem frühern Processe zwischen den Parteien rechtskräftig aberkannt und können sie darauf nicht weiter zurückkommen.

Dabei ist denn auch der Umstand, daß der Eid — auf welchem jene Entscheidung beruht — nicht in dem gegenwärtigen, sondern in einem andern Processe geleistet worden ist, völlig irrelevant, da es kein Bedenken hat, wenn die nämliche

quaestio unter denselben Parteien abermals zur Sprache gebracht wird, auch auf eine frühere Eidesleistung sich zu beziehen,

l. 28. § 4—8. D. de jurejurando (12, 2.)

und ebensowenig können sich die Beklagten darauf berufen, daß diese quaestio damals Gegenstand der actio gewesen sei, jetzt aber als exceptio geltend gemacht werde, weil dieser Umstand für das Dasein der res judicata völlig gleichgültig ist.

l. 7. § 1. l. 24. D. de exc. rei jud. (44, 2.)

Endlich aber läßt sich auch die für die res judicata allerdings wesentliche Identität der streitenden Personen in beiden Processen nicht bezweifeln, wenn gleich der frühere Proceß von Peter Thee allein geführt worden ist, jetzt aber Peter Thee & Sohn in lite sind. Denn die Beklagten haben ihren Appellationslibell in gegenwärtiger Sache „Peter Thee in Firma P. Thee" rubricirt und dadurch selber P. Thee als alleinigen Inhaber der Firma anerkannt.

2) Die fernere, aus der angeblich schlechten und mangelhaften Beschaffenheit derjenigen Waaren und Utensilien, für welche die Klägerin Bezahlung fordert, hergenommene Einrede ist

a) schon deshalb ganz unstatthaft, weil sie durchaus verspätet ist. Denn in der ersten Instanz ward sie überall nicht vorgeschützt, und auch in der vorigen Instanz ist von der jetzt behaupteten Mangelhaftigkeit mit Bestimmtheit nicht die Rede.

Wenn die Beklagten dagegen erinnern, daß bei mangelhafter Litiscontestation der Beklagten eine Verbesserung derselben pflege auferlegt, nicht aber sofort die Strafe der contumacia zur Anwendung gebracht zu werden, so können die Beklagten hierauf schon um deswillen keinen Anspruch machen, weil sie in concreto schon einmal die Einlassung verweigert haben und ihnen, in Folge dessen, dieselbe durch einen rechtskräftigen Vorbescheid zur Pflicht gemacht ist. Sie mußten also ihre Vertheidigung nunmehr so einrichten, daß sie keiner Verbesserung bedurfte. Ueberdies aber ist auch hier nicht von Verbesserung der Litiscontestation die Rede, d. h. von der bessern und bestimmtern Beantwortung der in der Klage

angeführten Thatsachen, sondern von der Nachholung eines wirklichen Einwandes gegen die Klage, welcher nach dem § 37 J. R. A. sofort mit der Antwort auf dieselbe bei Strafe der Präclusion verbunden werden mußte. Auch können sich die Beklagten nicht etwa auf das beneficium novorum der Appellationsinstanz berufen, weil der Einwand, wie schon erwähnt ist, eine völlige nova defensio enthält und nicht connex ist mit dem in den frühern Instanzen schon Vorgetragenen.

l. 4. C. de temp. et rep. appell. (7, 63.)

Ueberdies aber steht auch

b) der Berufung auf die schlechte Beschaffenheit der Waare die Vorschrift des Lübischen Statuts

lib. III tit. 6. art. 15.

entgegen, wornach ein Käufer die Waare unbedingt bezahlen muß, wenn er sie zuvor zur Genüge besehen und sie dann in seine Gewehr gebracht hat.

Dieser Fall muß hier um so mehr als vorhanden angenommen werden, da der Empfang der Waare nicht bestritten ist und da die Beklagten auf einen beim Besehen etwa nicht zu entdecken gewesenen Fehler, in welchem Falle das Gesetz eine Ausnahme statuirt, überall nicht hingedeutet haben.

3) Die letzte Einrede endlich betrifft die von den Beklagten der Klägerin vorgeworfene mangelhafte Rücklieferung des Fabrikgebäudes nebst Inventarium, woraus die Beklagten ebenfalls einen Schadensanspruch scheinen herleiten zu wollen.

Gegen die Berücksichtigung dieser Einrede tritt das formelle Bedenken ein, daß dieselbe viel zu unbestimmt vorgetragen ist, um darauf ein Beweisinterlocut gründen zu können. Denn, während die Beklagten in der ersten Instanz bloß anführten, daß das Grundstück in einem gewissen, durch Vereinbarung festgesetzten Zustande habe zurückgeliefert werden sollen, ohne sich weiter über diesen Zustand auszulassen, wie er, der Vereinbarung zufolge, habe sein sollen und wie er sich bei der Rücklieferung vorgefunden habe, so berufen sie sich jetzt bloß darauf, daß die Zurücklieferung nicht, wie verabredet, in dem Zustande erfolgt sei, in welchem Klägerin das

Grundstück empfangen habe, sondern in durchaus schlechtem Zustande, ohne jedoch auch jetzt speciell anzugeben, welche einzelne Stücke bei der Rücklieferung und in welcher Hinsicht solche mangelhaft gewesen.

Ueberdies muß man auch mit den Verfassern der sent. a qua annehmen, daß Beklagte sich in dem frühern Processe bereits mit der Ablieferung der Gebäude und des Inventarii zufrieden erklärt haben und darauf jetzt nicht zurückkommen können.

LXXXI. (125.)

Christoph Geffert c. Wittwe Boldt, geb. Tharloff.

In Sachen Christoph Geffert, Klägers, Widerbeklagten, Appellanten,

contra

Wittwe Boldt, geb. Tharloff, Bekl., Widerklägerin, Appellantin,

wegen Vollziehung der Ehe und Schuldforderung,

war vom Niedergericht am 6. Juni 1829 erkannt und dies Erkenntniß später vom Obergericht pure bestätigt worden:

„daß Kläger mit seiner auf Vollziehung der Ehe gerichteten Klage comp. exp. abzuweisen, dagegen schuldig sei, der Widerklägerin die libellirten 159 ℔ 11 ß innerhalb 4 Wochen zurückzuzahlen, unter Verweisung seiner (unbestimmten und illiquiden) Gegenansprüche ad separatum."

Auf demnächstige Appellation erkannte das O.-A.-Gericht am 17. Mai 1831:

„soviel die Vorklage und die gegen die Widerklage vorgeschützte Einrede der Compensation sowie die Kosten erster Instanz betraf, bestätigend, hinsichtlich der Widerklage aber abändernd dahin: daß Kläger und Widerbeklagter zur Bezah-

lung der reconveniendo geforderten 159 ℔ 11 ß noch nicht verbunden, sondern vielmehr Beklagte und Widerklägerin vorher schuldig sei, in einem vom Niedergerichte anzuberaumenden Termin, Gegenbeweis vorbehältlich, zu erweisen:

daß sie die gedachte Summe dem Kläger zum Darlehn gegeben habe."

Entscheidungsgründe.

Wenn der Kläger sich

I. darüber beschwert, daß er mit seiner auf Vollziehung der Ehe mit der Beklagten erhobenen Klage abgewiesen sei, so war diese Beschwerde für ganz unbegründet zu erachten.

Denn das mit der Beklagten eingegangene Verlöbniß ist sowohl nach dem Stadtrecht überhaupt, als nach der Inhibition von 1697 insbesondere als ungültig und unverbindlich anzusehen. Das Stadtrecht bringt es nämlich nach seinem ganzen Geiste mit sich, daß Frauenzimmer in der Regel unter einer beständigen Vormundschaft oder Curatel stehen, was ohne Zweifel auch von volljährigen Wittwen gilt. Dies als allgemeines Princip angenommen, muß ein ohne Beitritt des Curators abgeschlossenes Eheverlöbniß ebenfalls für ungültig erklärt werden, indem die Meinung derjenigen Rechtslehrer für die richtige zu achten ist, welche die Zuziehung eines Curators nicht bloß zu Dispositionen über das Vermögen, sondern auch zu Geschäften, wodurch die Person der Curandin verbindlich gemacht werden soll, für unerläßlich erklären.

vgl. Hommel, Rhapsod. Vol. I. obs. 25.

Jedenfalls entscheidend ist aber die Inhibition von 1697, wodurch alle ohne ausdrücklichen vorherigen Consens und Beliebung der Eltern oder Vormünder eingegangenen Verlöbnisse verboten worden sind, wobei es keinen Anstand erregen kann, daß daselbst bloß das Wort Vormünder vorkommt, und der curator sexus nicht erwähnt wird, indem es keinen Zweifel leidet, daß nach dem legalen Sprachgebrauch des Stadtrechts unter dem allgemeinen Worte Vormünder auch

die den großjährigen Frauenzimmern beizuordnenden Beiſtände begriffen ſind.

Stat.	Lub.	lib.	I.	tit.	7.	art.	4.	8.	12.
"	"	"	I.	"	9.	"	6.	5.	a. E.
"	"	"	I.	"	10.	"	1.		
"	"	"	II.	"	1.	"	14.		
"	"	"	III.	"	1.	"	10.		
"	"	"	III.	"	6.	"	13.		

Das wider die fortbeſtehende Gültigkeit dieſer Verordnung erhobene Bedenken iſt ganz unerheblich, da, abgeſehen von der für die Gültigkeit eines einmal publicirten Geſetzes ſprechenden Präſumtion, die von der Beklagten beigebrachten Präjudicien aus der neueſten Zeit beweiſen, daß es noch jetzt, wenigſtens hinſichtlich der Nothwendigkeit, einen Curator bei dem Verlöbniſſe hinzuzuziehen, befolgt wird, wo es denn Nichts ausmachen kann, wenn auch eine oder die andere, darin enthaltene, minder wichtige Beſtimmung außer Gebrauch gekommen ſein ſollte.

Ebenſo unerheblich iſt der Einwand, daß der Mangel eines Curators hier durch die Anweſenheit der (Schuſter-) Amts-Aelteſten erſetzt worden ſei, da dieſe nicht dieſelbe Verpflichtung, für die Frau zu ſorgen, wie der Curator auf ſich hatten, und daher ihr Rath nicht der geſetzlich erforderlichen Berathung gleichgeſtellt werden kann.

Nicht ungegründet erſcheint dagegen

II. der Theil der Beſchwerde des Klägers, daß er zur ſofortigen Bezahlung der reconveniendo geforderten 159 ℔ 11 ß an die Beklagte ſchuldig erkannt worden. Er iſt nämlich durch dieſe Entſcheidung um deswillen für beſchwert zu achten, weil, obſchon die Widerklage beſtimmt auf das Fundament gerichtet war, daß die Beklagte dem Kläger das gedachte Geld angeliehen habe, welche Behauptung ſie in der Replik unter der ausdrücklichen Erklärung, es ſei nicht als Heirathsgut gegeben worden, wiederholte, und obſchon der Kläger jenes Fundament beſtimmt in Abrede geſtellt hat, dennoch eine ſofortige Condemnation erfolgt iſt. Dem hierin liegenden gravamen mußte

dadurch abgeholfen werden, daß die Beklagte für schuldig zu erkennen war, den Beweis des gegebenen Darlehns annoch zu führen. Dieser Beweis wird auch nicht etwa dadurch überflüssig, daß der Kläger eingeräumt hat, die libellirte Summe empfangen zu haben; denn der Begriff des Anleihens erfordert ein Geben unter der Bedingung, daß eine gleiche Summe dem Geber restituirt werde. Der Kläger behauptet aber, daß das Geld ihm ohne diese Verpflichtung zur Bestreitung der Kosten des Meisterrechts gegeben worden sei, was eine datio sub modo und kein Darlehn gewesen sein würde, daher es erst auf den Beweis jenes Grundes der Klage ankommt.

Die dagegen zu Gunsten der Beklagten gemachten Einwendungen bestehen darin:

1) daß hier das Gegebene die Natur einer dos annehme, wie solche aber, wenn die Ehe demnächst nicht vollzogen wird, wieder zurückgefordert werden dürfe,

l. 7. § 1. l. 9. pr. D. de cond. causa data,

und

2) daß die Beklagte dieses Geld ebenfalls ohne Einwilligung eines Curators gegeben habe.

Dagegen kommt indessen Folgendes in Betracht:

Ad 1. Die Beklagte hat allerdings jenes Moment sowohl beiläufig in der Replik in reconventione in erster Instanz als auch hauptsächlich in der zweiten Instanz geltend gemacht. Es stehen jedoch der Berücksichtigung desselben sowohl formelle, als materielle Gründe entgegen. Jenes, weil die Anführung dieses Moments in der Replik als eine Abänderung des ersten auf ein Darlehn gerichteten Klagfundaments anzusehen und deshalb in dem gegenwärtigen Processe nicht zu beachten sein würde, indem nach der bekannten Vorschrift des Statuts lib. V. tit. 3. art. 1. nach erfolgter Einlassung auf die Klage, die Klage nicht weiter geändert werden darf, wie solches auch von dem Kläger in der Duplik in reconventione erinnert worden ist; dieses — materielle Gründe — weil der Gesichtspunkt einer dos auf den

vorliegenden Fall überall keine Anwendung leidet. Was nämlich in dotem gegeben wird, das soll der Mann behalten und demnächst restituiren. Hier aber ist nach der Behauptung des Klägers (die für jetzt und so lange das Darlehn oder ein Versprechen der Rückzahlung des Geldes nicht erwiesen ist, zum Grunde gelegt werden muß) das Geld gegeben worden, um Etwas zu erwerben, wobei seiner Natur nach eine künftige Restitution an die Frau gar nicht thunlich war. Demnach ist hier, abgesehen von jenem Beweise, kein anderer Gesichtspunkt zutreffend, als der einer Schenkung

l. 13. §. 2. D. de donat. int. virum et uxor.

in Bezug auf eine künftige Ehe; von einem solchen Falle ist aber in der

l. 15. C. de donat. ante nupt.

die bestimmte Vorschrift vorhanden, daß, wenn der Schenkende in der Folge die Vollziehung der Ehe weigert, er das Gegebene nicht zurückfordern dürfe.

Ad II. Auch das zweite Bedenken, daß sie das in Rede stehende Geld ohne Einwilligung des Curators gegeben hat, ist zuvörderst formell unzulässig, weil die Beklagte dieses Moment erst in der Vernehmlassung zweiter Instanz geltend gemacht hat; sodann ist es aber materiell für irrelevant zu achten, weil das Gegebene, aus diesem Gesichtspunkte angesehen, nach den hiebei eintretenden Grundsätzen der condictio sine causa, doch nur insoweit würde zurückgefordert werden können, als der Kläger sich dadurch in der That noch bereichert fände, was jedoch erheblichen Zweifeln ausgesetzt ist, da es dahin gestellt bleiben muß, ob er, wenn er nicht die Aussicht auf eine Ehe mit der Beklagten gehabt hätte, gleichwohl jene, zu Gewinnung des Meisterrechts erforderliche Ausgabe gemacht haben würde, und ob er sich jetzt, als Meister, in einer günstigern und einträglichern Lage befände, als er sich befunden haben würde, wenn er als Gesell zu arbeiten fortgefahren hätte.

Was endlich

III. die Beschwerde des Klägers betrifft, daß seine Gegen-

ansprüche zur besondern Ausführung verwiesen worden, so stellt sich selbige als gänzlich unbegründet dar.

Er hat dieselben in erster Instanz dahin angegeben, daß er ein Jahr lang den Hausstand der Beklagten mit seiner Hände Arbeit unterhalten und keinen Lohn bekommen habe, daher ihm dafür nach dem Gutachten von Sachverständigen eine Vergütung zuerkannt werden müsse.

In zweiter und dritter Instanz hat er aber eine gewisse Summe für die Alimentation der Beklagten und ihrer Kinder, sowie die Erstattung bestimmter Auslagen gefordert. Diese Auslagen können nun aber als eine zu spät angebrachte Forderung gar nicht berücksichtigt werden. Der übrigen Forderung dagegen fehlt es an hinlänglicher Begründung. Er fordert nämlich Lohn für seine geleisteten Dienste. Daß ein solcher bedungen sei, hat er nicht behauptet, und ebensowenig, daß sie in der Absicht, künftig dafür den Lohn zu bestimmen, geleistet worden, so daß nicht einmal die für einen solchen Fall in

l. 22. D. de praescr. verb.

nachgelassene Klage Platz greift. Vielmehr geht seine eigene Klage darauf hinaus, daß die Parteien ihre gemeinschaftliche Wirthschaft schon vor geschlossener Ehe angefangen haben und Kläger die Beklagte und deren Kinder durch seine Arbeit so ernährt habe, wie er es künftig in der Ehe gethan haben würde. Er fordert also eigentlich Vergütung für die ihnen verschafften Alimente. Alimente aber, die Jemand nicht als negotiorum gestor und nicht in der bestimmten Absicht der Rückforderung dem Andern gegeben hat, können bekannten Rechten nach nicht zurückgefordert werden.

Dabei kann auch der Umstand, daß die Ehe durch die Weigerung der Beklagten rückgängig geworden ist, Nichts ausmachen, weil, wenn dies gleich nach der

citirten l. 15. Cod.

den Kläger zur Zurückforderung des propter nuptias Gegebenen berechtigen würde, doch hier, wo das Geleistete nur in

operis besteht, er höchstens soviel würde zurückfordern können, als die Beklagte sich dadurch bereichert fände.

l. 26. § 12. D. de cond. indeb.

In dieser Hinsicht fehlt es aber an einer nähern Angabe und Behauptung von Seiten des Klägers.

LXXXII. (127.)

Müller, Beschwerde über Justizverweigerung.

In Sachen R. H. Müller, m. nom. P. M. Hagen und F. A. Hagen in Copenhagen, Imploranten, Querulanten,

die Verweigerung einer Citation vor das Landgericht betr.,

hatte der Implorant, dessen Mandanten angeblich am 22. Mai 1824 ein privilegium exclusivum zur Dampfschiffahrt zwischen hier und Copenhagen auf 10 Jahre von hiesiger Stadt verliehen worden, am 8. Octbr. 1830 beim Landgericht darauf angetragen, dem Capitain Heß, Führer des dänischen Dampfschiffes Friedrich VI. — welches jenem Privilegio zum Trotz jeden Freitag mit Passagieren von Copenhagen in Travemünde anzukommen pflegte — noch am nämlichen Tage — einem Freitage — durch einen Landgerichtsdiener eine Citation zum Erscheinen am nächsten, dem turnus nach nicht für die Burgthors- incl. Travemünder Sachen bestimmten Gerichtstage — also extra ordinem — insinuiren zu lassen.

Die Herrn des Landgerichts ertheilten den Bescheid, daß dem Gesuche unter vorkommenden Umständen nicht gewillfahrt werden könne.

Der Implorat beruhigte sich dabei, trug aber selbigen Tags dem Landgerichtsdiener in gewöhnlicher Weise auf, den Capitain Heß zum Freitage den 22. Octbr., wo die Burgthorssachen an der Reihe waren und es zur Vornahme der Sache keiner Ausnahme von der Regel bedurfte,

„wegen Eingriffs in die Befugnisse seiner Mandanten zur Dampfschiffahrt zwischen hier und Copenhagen"

vorzuladen, und als der Gerichtsdiener Zweifel äußerte, ob er die Citation auch beschaffen dürfe, ließ er denselben notarialiter förmlich dazu auffordern, worauf aber der Gerichtsdiener erklärte: daß er die Citation an den Capitain Heß nicht ausrichten dürfe.

Hierüber beschwerte sich der Implorant am 15. Octbr. beim Landgericht und bat, dem beikommenden Landgerichtsdiener die sofortige Besorgung der ihm aufgetragenen Ladung anzubefehlen, ohne daß jedoch in dem Antrage des fraglichen Privilegii ausdrücklich gedacht, geschweige denn selbiges producirt worden.

Das Landgericht decretirte sofort dahin:

„daß, da beide Litiganten persönlich dem hiesigen Staat und foro nicht unterthan seien, auch eine Begründung des hiesigen Gerichtsstandes als forum extraordinarium überall nicht nachgewiesen worden, dem Petito angetragenermaßen nicht deferirt werden könne."

Auf die dawider eingereichte Beschwerde des Implorantem erging von Seiten des Obergerichts unterm 4. Novbr. 1830 der Bescheid:

„daß es bei dem Bescheide des Landgerichts vom 15. Octbr. aus den darin angegebenen Gründen sein Verbleiben behalte;"

und als der Implorant hierauf beim O.-A.-Gericht über verweigerte Justiz Beschwerde erhob, ward diese Beschwerde unterm 30. März 1831

„als noch zur Zeit unstatthaft und unbegründet" verworfen, und zwar aus folgenden, theils formellen, theils materiellen Gründen:

„In der Form hat der Querulant gefehlt, weil es von ihm versäumt worden ist, mittelst einer abermaligen Vorstellung beim Obergericht auf Abstellung der Beschwerde anzutragen. Provis. O.-A.-G.-O. § 17. (Definit. Ordn. § 43.)

Dieser Vorschrift ist durch die Eingabe, worin er sich beim Obergericht über das Verfahren des Landgerichts beschwerte, und worauf die Entscheidung durch das Decret vom 4. Novbr. v. J. erfolgte, noch kein Genüge geschehen. Denn in dieser Eingabe ward erst um Abhülfe der Beschwerde wider das Untergericht gebeten und die in dem Decret vom 4. Novbr. enthaltene Ablehnung dieses Antrags verursachte erst die Beschwerde, worüber gegen das Obergericht eine Querel erhoben worden ist. Hiezu ist aber die Nachweisung, daß auf Abstellung dieser vom Obergerichte zugefügten Beschwerde ohne Erfolg angetragen worden sei, also die Bescheinigung einer zweiten beim Obergerichte eingereichten Beschwerde erforderlich, wie es auch vom O.-A.-Gericht in mehreren bereits vorgekommenen Fällen immer erkannt worden ist.

Die materiellen Gründe, weshalb die Querel zur Zeit noch abgewiesen werden mußte, sind ebenso unzweifelhaft. Es ist nämlich keineswegs zu billigen, wenn der Querulant behauptet, daß die Herrn des Landgerichts die von ihm verlangte Ladung, sofern nur zu einem ordentlichen Gerichtstage geladen werden sollte, hätten zugestehen müssen, ohne sich davon durch eine Prüfung der Competenzfrage abhalten zu lassen. Denn die Ladung vor Gericht ist ihrer Natur nach ein richterlicher Befehl oder eine richterliche Aufforderung zum Erscheinen, der Richter darf aber gar keine Amtshandlung, also auch keine Ladung vornehmen, ohne zuvor seine Competenz in Erwägung zu ziehen. Nun ist es freilich bei den Untergerichten in Lübeck Gebrauch, daß die Ladungen in der Regel nicht vom Richter ausgehen, sondern daß die Parteien sie unmittelbar dem Gerichtsdiener aufgeben, welcher sie dann, sofern er kein Bedenken dabei hat, ohne Weiteres bestellt. Allein diese, der größern Bequemlichkeit wegen getroffene Einrichtung ändert in der Natur der Ladung Nichts, vielmehr ist und bleibt sie immer eine richterliche Handlung, wozu Competenz erforderlich ist. Zwar wird die Competenz in den gewöhnlichen, also bei Weitem in den meisten Fällen keiner besondern Erörterung bedürfen; aber dies hindert nicht, in

den einzelnen Fällen, wo wirklich Bedenken über die Competenz entstehen, desfalls die etwa erforderlichen Nachweisungen von den Parteien zu verlangen und bis dahin die Ladung zu versagen.

Ein solches Verfahren wird besonders dann Statt finden müssen, wenn, wie in der gegenwärtigen Sache, Jemand vorgeladen werden soll, der nur vermöge eines speciellen Gerichtsstandes dem Richter, bei dem die Ladung nachgesucht wird, unterworfen sein kann. Der Capitain Heß, welcher sich, wie der Querulant selbst sagt, während der Zeit der Dampfschiffahrt wöchentlich jedesmal nur wenige Stunden in Travemünde aufhält, steht offenbar nicht unter dem ordentlichen foro des Landgerichts und es war zum Behuf seiner Vorladung vor dies Gericht um so mehr eine genügende Begründung des speciellen oder außerordentlichen Gerichtsstandes, vor welchen der Querulant ihn ziehen wollte, erforderlich, da Letzterer im Auftrag von Fremden handelte, die mit dem Capitain Heß dasselbe forum generale haben und da der kurze Aufenthalt dieses Capitains in Travemünde zwischen der Ankunft und Rückfahrt eine ganz besondre Vorsicht erforderte.

Es fragt sich demnach nur, ob der Querulant dem Landgerichte die Ueberzeugung verschafft hat, daß dessen forum speciale in der Sache, weshalb der Capitain vorgeladen werden sollte, begründet sei, indem dann diese Ladung dem Querulanten ohne Rechtsverweigerung nicht versagt werden durfte.

Hätte nun derselbe dem Landgericht vorgestellt, was in jetziger Instanz von ihm vorgetragen ist, nämlich, daß seine Mandanten von der Stadt Lübeck ein privilegium exclusivum zur Dampfschiffahrt zwischen hier und Copenhagen erhalten haben und daß er den Capitain Heß wegen Eingriffs in dieses Privilegium belangen wolle, und hätte er dann, wie allerdings zur Bescheinigung der behaupteten Competenz angemessen gewesen wäre, den Herrn des Landgerichts das gerühmte Privilegium vorgelegt, so würde freilich die Gerichtsbarkeit derselben wohl für begründet zu achten gewesen sein, da die Gerichte des Landes, deren Regierung Privilegien,

Zunftberechtigungen oder dgl. bewilligt hat, unstreitig über alle in ihrem Gerichtsbezirke vorkommende Eingriffe in solche ausschließende Berechtigungen zu erkennen haben, gleichviel, ob das Privilegium einem Fremden oder einem Einheimischen gegeben ist. Der Besitzer des Privilegiums kann unbedenklich im ganzen Umfange des Staats, welcher dasselbe verliehen hat, eine actio confessoria gegen Jeden anstellen, welcher ihn im Genusse des Privilegiums durch Handlungen stören will, die er innerhalb des Staatsgebiets vornimmt.

Nach den betreffenden Landgerichtsprotocollen war aber von dem Imploraten gar nicht der Grund der verlangten Vorladung des Capitain Heß angegeben, vielweniger das Privilegium vorgelegt worden, und wenn daher sein petitum angebrachtermaßen abgewiesen ward, so war dies keineswegs zu mißbilligen und eine Justizverweigerung in den desfallsigen Verfügungen des Land- und Obergerichts nicht zu finden.

LXXXIII. (128.)

Kerzengießer contra Suckau Wwe.

In Sachen des Amts der Kerzengießer, Kläger, Apellanten,

wider

des C. H. Suckau Wittwe, Beklagte, Appellatin,

war der Beklagten durch Wette-Erkenntniß vom 7. Juli 1829 auferlegt, sich der Fabrikation von Lichtern zu enthalten, durch Obergerichtserkenntniß vom 4. März 1830 dagegen die Kläger mit dem sich angemaßten Verbietungsrecht ab- und zur Ruhe verwiesen, worauf von Seiten des O.-A.-Gerichts unterm 11. Februar 1831 die Sentenz des Obergerichts wieder aufgehoben und der Spruch der Wette wieder hergestellt ward, indem das O.-A.-Gericht

1) das Verbietungsrecht der Kläger durch den Inhalt

der Rolle vom Jahre 1508 und durch die zünftige Natur des Kerzengießeramts begründet fand, und

2) die Fabrikationsberechtigung des verstorbenen C. H. Suckau als ein rein persönliches, nicht vererbliches Privilegium, als eine auf einem Senatsdecret (vom 6. Mai 1815) beruhende Gewerbs-Concession auffaßte.

LXXXIV. (129A.)

Leissau c. Mitglieder der Russer Brandgilde.

In den Entscheidungsgründen zu dem Urtheil des O.-A.-Gerichts vom 10. Septbr. 1830 in Sachen

Leissau zu Russe, Beklagter,

wider

mehrere frühere Mitglieder der 2ten Russer Brandgilde, Kläger,

ist ausgesprochen:

1) daß ein Kläger die in der Klage angezogene Urkunde nicht sofort bei der Klage mit zu übergeben braucht und daß aus der nicht geschehenen Edition derselben eine die Einlassung hindernde Einrede von dem Beklagten nicht entnommen werden kann;

J. R. A. § 35. 37.

nicht entgegen Läb. Gem. Besch. v. 6. Febr. 1756 art. III.

2) daß die Anwendung des Grundsatzes: „wornach jeder Kläger die in seinem Besitz befindlichen Documente dem Beklagten zu dessen Beweis ediren müsse," durch den von Seiten des Beklagten zu beschaffenden Nachweis bedingt sei, daß Kläger solche Documente besitze (oder dolose aufgehört habe, zu besitzen).

LXXXV. (130.)

Lohgärber-Amt c. D. Falck in Moisling.

In Sachen des Lohgärber-Amts, Klägers,

contra

D. Falck in Moisling, Beklagten,

Ankauf frischer Häute betr.,

ist durch O.-A.-Gerichtliches Urtheil vom 19. Novbr. 1830 anerkannt, daß

1) dem Amt der Lohgärber ein ausschließliches Privilegium zum Ankauf frischer Häute in der Stadt, binnen der Landwehr und auf den benachbarten Dörfern zustehe;

2) daß durch ausschließende, für den ganzen Umfang des Staats ertheilte Privilegien im Zweifel auch die neuen Unterthanen (Bewohner neu acquirirter Landestheile) beschränkt werden, wenn gleich sie in ihrem frühern Territorialnexus solchen Beschränkungen nicht unterworfen gewesen.

Glück, Comm. zu d. Pand. § 101. Bd. II. S. 2 ff.

LXXXVI. (131.)

Joh. S. Mann c. J. M. Geller Söhne.

Johann S. Mann, Beklagter,

contra

J. M. Geller Söhne zu Braunschweig, Kläger,

beiderseits Appellanten,

wegen Auslieferung von 30 Last Waizen.

Am 11. Octbr. 1826 schlug der Beklagte dem Kaufmann W. F. G — w in Hamburg den Ankauf von 100 Last Waizen vor und erbot sich, die Bedingungen so stellen zu lassen, daß die Hälfte des Preises beim Abschlusse des Handels, die andere Hälfte im Januar 1827 bezahlt werde.

Auch erbot er sich, die Hälfte jedes dieser Termine vorzuschießen, bis die Waare verschifft oder weiter verkauft werde.

Gleich nach Empfang dieses Briefes am 13. October schrieb G—w an die Kläger und bot ihnen jenes Geschäft a conto meta an, wobei er jedoch bemerkte, daß der Waizen baar bezahlt werden müsse. Noch vor Empfang der Antwort trug G—w dem Beklagten am 17. Octbr. auf, 100 Last zu besprechen und 50 Last sofort für seine, G—w's Rechnung, zu kaufen, und als die Kläger unterm 16. Octbr. den Antrag G—w's acceptirt hatten, schrieb dieser am 18. Octbr. an Kläger, er werde die Einkaufsordre ertheilen, worauf er auch bereits am 19ten seinen obigen Auftrag an den Beklagten auf 100 Last ausdehnte.

Der Beklagte kaufte nun am 21. Octbr. von H. Marty hieselbst 100 Last Waizen zu 80 ℳ frei in See, mit einem Decort von 1 % für die sofort zu berichtigende Hälfte des Kaufpreises.

Die Original-Verkaufsrechnung von Marty, de d. 31. Octbr. 1826, lautet auf Hrn. J. S. Mann: Debet. „An gekaufte und laut Schlußzettel vom 21sten dieses für Ihre „werthe Rechnung und zu Ihrer Disposition in Neustadt „gelagerte 100 Last Waizen."

Noch am selbigen Tage, den 21. Octbr., meldete Beklagter diesen Ankauf an G—w und übersandte ihm die Factura, die folgendermaßen lautet:

„Factura über 100 Last hiesiger Maße oder 2500 holst. „Tonnen neuen Waizen, welche ich auf Ordre und für Rech„nung des Hrn. W. F. G—w eingekauft habe unter nach„stehenden Bedingungen (soweit sie hier interessiren):

„1) der Waizen werde vom Verkäufer nach Probe und „auf 132 ℔ holl. Gewicht von Neustadt ab frei in See „geliefert.

„2) der Waizen könne nach dem Willen des Käufers „entweder zu jeder beliebigen Zeit empfangen werden, oder „auch noch längere Zeit, spätestens jedoch bis ult. April 1827 „für Gefahr des Verkäufers gegen gewisse kleine Vergütungen

„unempfangen liegen bleiben, wogegen der Verkäufer ihn in „gesundem Zustande zu erhalten habe.

„3) Die Zahlung des halben Kaufpreises geschehe gleich „mit 1 % Decort und der zweiten Hälfte bis Mitte Januar „1827 ohne Decort. Werde jedoch der Waizen früher in „Empfang genommen, so müsse auch die zweite Hälfte gleich „beim Empfang bezahlt werden."

Der Gesammtbelauf der Factura mit Einschluß von Unkosten und Provision beträgt hiernach 24,586 ℔ 9 ß Crt., wofür ich — hieß es am Schlusse — den Hrn. W. F. G — w in Hamburg belaste.

Am 25. Octbr. zeigte G — w den Klägern den gelungenen Ankauf des Waizens an und verhieß die baldige Einsendung der Factura. Nachdem Kläger ihre Zufriedenheit mit dem Ankauf erklärt hatten, schrieb G — w ferner am 1. Novbr.: „Die Waare ist vorigen Mittwoch in Neustadt „geliefert und anerkannt. Zahlung ist bereits geleistet und „werde ich Ihnen in meinem Folgenden mit Factura auf„warten." Am 4. Novbr. übersandte er darauf: „Factura „über 100 Last neuen holst. Waizens, welche für halbe Rech„nung mit den Hrn. J. M. Geller Söhne in Braunschweig „eingekauft und zu Neustadt an der Ostsee aufgelagert sind. „Zahlung geschieht baar in Lüb. Cour. nach erfolgter An„erkennung."

Der Ankaufspreis war zu 24,708 ℔ 8 ß ausgeworfen, indem G — w den genossenen Decort für die Baarzahlung und Anderes den Klägern nicht zu Gute gebracht hatte.

Dabei schrieb G — w an Geller: er übersende hiebei Factura über ihren für gemeinschaftliche Rechnung zu Neustadt lagernden Waizen und belaste sie mit dem halben Betrage.

Die Kläger berichtigten ihre Hälfte des Kaufpreises an G — w, von welchem darauf wieder die Hälfte der Kaufsumme stipulirtermaßen an den Beklagten berichtigt worden ist, sowie endlich letzterer den ganzen Kaufpreis an Marty abgetragen hatte.

Die Conjuncturen waren aber dem Verkauf des Wai-

jens im Jahre 1827 nicht günstig und fragte deshalb G—w in einem Schreiben vom 13. April 1827 bei dem Beklagten an, ob er wohl geneigt sei, ihm ferner den Vorschuß zu lassen. In diesem Schreiben bezeichnet G—w die Waare als: „meine in Neustadt lagernden 100 Tonnen Waizen" und spricht davon, daß der Zeitpunkt herannahe, wo der Waizen empfangen werden müsse.

Am 17ten selb. Monats erwiderte der Beklagte:

„daß er zur Soulagirung G—w's erbötig sei, nach „früherm Maßstabe den Vorschuß für das auf die 100 Last „Restirende noch ferner zu leisten."

Am 4. Juli s. J. bat G—w um fernere Creditirung „seines auf jenem unglücklichen Waizen haftenden Vorschusses," wobei er es dem Ermessen des Beklagten anheimstellte, ob dieser nicht 2 à 3 Monat trassiren und ihm gegen Verfall Deckung der trassirten Summe geben wolle, worauf er jedoch mit Zuversicht müsse rechnen können.

Der Beklagte ging auf diesen Vorschlag ein und ließ in der Mitte des August für seine Rechnung von Stralsund aus mehrere Tratten zum Belauf von Bco.ℳ 8000. — 65 Tage auf G—w trassiren, welche dieser auch acceptirte. Dagegen übermachte der Beklagte am 8. Octbr. an G—w drei Remessen auf Holland zum Betrage von 7000 fl. holl. Cour., welche G—w am 9. Octbr. begab und dem Beklagten dafür Bco.ℳ 7924. 8 ß creditirte.

Am 15. Octbr. waren nun die ersten vom Beklagten auf G—w gezogenen Tratten fällig, und wurden zur Zahlung ihm präsentirt. Er verwies aber die Inhaber auf den letzten Respittag und schrieb unterm 17. Octbr. dem Beklagten Folgendes:

„Es ist mir schmerzlich, Ihnen anzeigen zu müssen, daß ich, von meinen Gläubigern gedrängt, gezwungen bin, meine Zahlungen einzustellen. Ich bemerke Ihnen dieses, falls Sie Sich veranlaßt finden, sowohl die bereits am 15. d. M. fällig gewordenen Tratten von 4000 ℳ Bco., als auch die auf morgen zu zahlenden Bco.ℳ 4000. vor dem letzten

Respittage interveniren zu lassen. Zugleich mache ich Sie damit bekannt, daß bei den für meine Rechnung unter Ihrer Vermittelung in Neustadt lagernden 2500 T. Waizen die Herren J. M. Geller Söhne in Braunschweig für halben Antheil intereffirt sind, und Sie Sich demnach mit diesen desfalls seiner Zeit zu berechnen haben."

Am 24. Octbr. ließ G—w auch noch andere Tratten gegen sich protestiren, während Beklagter die für seine Rechnung gegebenen Wechsel intervenieudo einlösen ließ und G—w nicht bloß mit dem Erlös der Amsterdamer Rimessen, sondern auch mit den Retourkosten der nicht eingelösten Tratten belastete.

Unterdessen ließen Geller Söhne, nachdem sie am 19. Octbr. brieflich und am 30. Octbr. durch einen Notar dem Beklagten die Uebertragung der 50 Last Waizen angezeigt hatten, am 31. Octbr. noch vor der förmlichen Insolvenzerklärung G—w's von diesem eine Erklärung von zwei Notaren ausstellen, des Inhalts:

„daß diejenigen 50 Last Waizen, welche für ihn unter Obhut des Herrn J. S. Mann in Lübeck lagerten, aber Eigenthum der Herren J. M. Geller Söhne seien, von besagten Herren bezahlt worden, daß daher die Hälfte des für ihn, G—w, durch J. S. Mann in Lübeck gekauften und bei demselben oder unter seiner Verwaltung in Neustadt lagernden 100 Last Waizen den Herren J. M. Geller Söhne eigenthümlich zustehe und daß er alle seine Rechte und Ansprüche auf diese Hälfte an jene Herren übertragen habe und hiemit nochmals übertrage."

Der Beklagte erklärte, daß er von jener Uebertragung keine Notiz nehmen könne und daß die Herren Geller Söhne ihn überall nichts angingen.

Nachdem am 13. Novbr. die förmliche Insolvenzerklärung G—w's erfolgt war, ersuchten die Curatoren der Debitmasse am 27. Novbr. den Beklagten (unter Bezugnahme auf die ihm gewordene Mittheilung hinsichtlich der den Hren. Geller Söhne zuständigen Hälfte)

„den für Rechnung der Masse unter seiner Aufsicht lagernden „Antheil der 2500 T. Waizen bestmöglichst zu verkaufen „und die Verkaufsrechnung darüber nebst seinem Conto-„courant förderſamſt einzusenden."

Diesem Auftrage gemäß verkaufte Beklagter die Hälfte des fraglichen Waizens zu dem Börsenpreise von 77 ℔ per Last, creditirte G—w dafür mit Netto-Ct. ℳ 9130. 15 ß und übersandte am 13. Decbr. sein Contocourant, wornach ihm von der Masse ein Saldo von 14,078 ℳ 9 ß Cour. zukam, mittelst nachstehender Zuschrift:

„Sie finden beigeschlossen den Auszug der Contocourant „mit Hrn. G—w. Sie schließt mit einem Saldo von „14,078 ℳ 9 ß, den Sie in mein Credit vorzutragen belieben.

„Wenn Sie mir für dieses mein Guthaben keine Zah-„lung ungesäumt sollten übermachen oder anweisen können, „was wohl zu besorgen steht, oder wenigstens für meine „seitherigen Kosten auf den Waizen und Zinsen mir keine „Rimessen zu machen, sowie zugleich für die ferner auf „das noch lagernde Quantum Waizen fallenden Kosten und „Zinsen, ingleichen für den Schaden, der aus nachtheiliger „Wendung der Waizenpreise hervorgehen kann, mir keine „Sicherheit zu geben im Stande sind, so wollen Sie mich „zum Verkauf des noch übrigen Waizens bevollmächtigen. „Ohne vorhergegangene Bezahlung meiner obigen Forde-„rung kann ich für den Waizen keine andere, als solche „Verkaufsverfügung genehmigen, weshalb ich auch von der „mir unterm 17. Octbr. von Hrn. G—w deshalb er-„theilten Disposition weiter Notiz genommen habe, noch „nehmen konnte.

„Sollten Sie anderer Verhältnisse halber, worin dem „Vernehmen nach die Debitmasse mit einem Braunschwei-„ger Handlungshause stehen soll, Bedenken finden, mir zum „Verkauf des noch übrigen Waizens ungesäumt den Auf-„trag zu geben, so melde ich Ihnen, daß ich bei dem mir „beiwohnenden Interesse nicht gewilligt bin, die jetzt für „den Getraideverkauf eingetretene Besserung vorübergehen

„zu lassen, sondern solche benutzen werde, um mich meiner „Forderung wegen wenigstens gegen ungewisse Ereignisse „zu schützen und den längern Lagerungs- und Bearbeitungs- „Kosten des Waizens sowie dem Zinsenlauf ein Ende „zu machen. Sollte ich nun binnen 8 Tagen den gewünsch- „ten Auftrag zum Verkauf von Ihnen nicht erhalten, so „mögen Sie es mir demnach nicht verargen, daß ich zur „Verringerung meines Risico's nach eigner Ueberzeugung „und nach Conjunctur verfahre."

Die Curatoren der Debitmasse antworteten ablehnend, genehmigten jedoch den Verkauf der Hälfte und stellten die Ordnung der Rechnungsverhältnisse zwischen Mann und der Masse, wobei sie die Auseinandersetzung mit Geller Söhne wegen der andern 50 Last Waizen für unentbehrlich hielten, der Zukunft anheim.

Inzwischen waren die Kläger bereits am 24. Novbr. 1827 wider den Beklagten, gestützt auf die Gemeinschaftlichkeit des Unternehmens zwischen ihnen und G—w, dessen Factura sie daher producirten, sowie auf die Cessionsacte vom 31. Oct., beim Niedergericht klagbar geworden, indem sie baten: „den „Beklagten zur Auslieferung der 50 Last Waizen event. zur „Zahlung des facturirten Werthes von 10,085 ℔ 1½ ß Bco., „nach Abzug etwaniger Lagerungskosten, zu verurtheilen und „ihn zum Ersatz alles Schadens und der Processkosten schul- „dig zu erkennen."

Nach längerer Verhandlung über mehrere dilatorische Einreden der Beklagten interloquirte das Niedergericht am 8. März 1828 auf bestimmtere Fassung des Klaggrundes, da aus der Klage nicht zu ersehen, aus welchem Rechtsverhältnisse Kläger ihre Klage ableiteten.

In Folge dessen erklärten die Kläger im Mai 1828, „daß sie die dingliche und die persönliche Klage cumu- „liren wollten, erstere aus dem ihnen von G—w über- „tragenen Allein-Eigenthum an den qu. 50 Last Waizen, „letztere aus dem von G—w an den Beklagten ertheilten „Auftrage zur Ablieferung herleitend."

Bevor hierauf nach geschehener Vernehmlassung, wie auch Re- und Duplicirung erkannt ward, trugen Kläger incidenter — durch den mittlerweile eingetretenen Aufschwung der Waizenconjunctur veranlaßt — darauf an, daß Beklagter angehalten werden möge, den libellirten Waizen, gegen Caution für seine sämmtlichen Gegenforderungen, auszuliefern, und als hierauf Beklagter erklärte, daß er zu seiner Sicherheit auch die streitigen 50 Last Waizen verkauft habe und also nicht mehr besitze, baten Kläger, ihn, als fictus possessor (qui dolo possidere desiit) zu behandeln und ihn zur Anschaffung von 50 Last gleichen Waizens zu verurtheilen, welche demnächst entweder in natura von ihm gegen Caution auszuliefern oder öffentlich zu versteigern, deren Auctionspreis aber gerichtlich zu deponiren sei. Nachdem jedoch der Antrag der Kläger auf Aufhebung des Actenschlusses wegen dieses Incidentpunktes als unbehörig verworfen worden, erkannte das Niedergericht am 7. März 1829 in der Hauptsache dahin:

„daß Kläger mit ihrer dinglichen Klage abzuweisen, sie „könnten dann darthun, daß dem G—w an der vom „Beklagten retinirten Parthei von 50 Last Waizen Eigenthumsrechts wirklich erworben seien."

„Dagegen erscheine zwar die angestellte persönliche Klage als an sich begründet, Beklagter aber wohl befugt, die Waare bis zur Befriedigung seiner Gegenforderungen an G—w zu retiniren. Würde daher Beklagter den angegebenen oder einen geringern Betrag seiner Contocourant-Forderung an G—w innerhalb 6 Wochen beweisen, so seien Kläger mit ihrer auf Auslieferung von 50 Last Waizen gerichteten persönlichen Klage gleichfalls abzuweisen. Schließlich wurden die Kläger mit ihrem unstatthaften Antrags auf interimistische Auslieferung des Waizens unter Verurtheilung in die Kosten abgewiesen, im Uebrigen der Kostenpunkt ausgesetzt."

Das Obergericht erkannte am 4. Febr. 1830 in der Hauptsache resp. abändernd und näher bestimmend:

„daß es, in Betreff der dinglichen Klage, des in

„judicato a quo erforderten Beweises nicht be„dürfe, dieselbe vielmehr als eine von G—w ab„geleitete actio utilis ohne Weiteres für gerecht„fertigt zu achten,

„daß aber, wie gegen die persönliche, so auch ge„gen jene dingliche Klage die vom Beklagten vor„gebrachte Retentions-Einrede Statt habe und

„daß den Klägern in Betreff der vom Beklagten „reprobatione salva zu erweisenden Gegenforde„rungen desselben an G—w — gegen diejenigen „Thathandlungen des Beklagten, wodurch der„selbe nach dem 24. Novbr. 1827, als dem Tage „der angestellten Klage, den Stand jener Gegen„forderungen etwa willkührlich verändert habe — „ihre etwanigen Einreden überall vorbehalten „bleiben, und wird damit die Sache unter Ver„gleichung der Kosten der zweiten Instanz an das „Niedergericht zurückverwiesen."

Auf die hiegegen ergriffene beiderseitige Appellation erging darauf am 30. April 1831 das O.-A.-Gerichtliche Urtheil:

„daß das Erkenntniß des Ober-Gerichts, in Gemäßheit der dritten Beschwerde des Beklagten, in Betreff der angestellten dinglichen Klage dahin abzuändern, daß solche nicht ohne Weiteres als begründet anzunehmen, vielmehr Kläger zuvor den ihm dieserhalb vom Niedergerichte auferlegten Beweis:

„daß dem Kaufmann Wilhelm Friedrich G—w in Hamburg an der vom Beklagten retinirten Parthei von 50 Last Waizen Eigenthumsrechte wirklich erworben gewesen seien,"

zu führen haben. Im Uebrigen behält es, Einwendens ungeachtet, bei dem obergerichtlichen Erkenntniß, unter Vergleichung der Kosten auch der gegenwärtigen Instanz, sein Bewenden.

Entscheidungsgründe.

Die von beiden Theilen bei dem O.-A.-Gerichte angebrachten Beschwerden haben theils die Begründung der Klage, theils den Einfluß der von dem Beklagten über die 100 Last Waizen getroffenen Dispositionen auf die Rechte der Partheien, theils endlich einige processualische Nebenpunkte zum Gegenstande.

Soviel nun

I. zuvörderst die Begründung der Klage anbetrifft, so kommt es, da die Kläger ihre Befugnisse aus dem Rechte G—w's ableiten, auf zweierlei an, nämlich einerseits darauf, ob G—w das zur Begründung der angestellten Klage erforderliche Recht besessen hat, und andererseits darauf, ob die Kläger dessen Rechte klagend zu verfolgen genugsam legitimirt sind.

A. In ersterer Beziehung ist so viel unbestritten, daß G—w hinsichtlich des in seinem Auftrage von dem Beklagten für ihn angekauften Waizens einen persönlichen Anspruch gegen den Letzteren besitzt; und nur dadurch findet sich der Beklagte in seiner dritten Beschwerde gravirt, daß das Obergericht G—w auch schon ohne Weiteres das Eigenthum des Waizens zugesprochen und eine vindicatio desselben als begründet angenommen hat. Und diese Beschwerde erscheint allerdings als begründet. Denn der Eigenthumserwerb der bisher einem Dritten zugehörigen Sache setzt nicht nur ein zur Uebertragung geeignetes Rechtsgeschäft, sondern auch eine Tradition der Sache an den Erwerber voraus.

l. 20. C. de pactis.

Dieses letztere Erforderniß des Eigenthumserwerbs constirt aber bei G—w keineswegs. Denn, da der Beklagte den Waizen nicht im Namen von G—w gekauft und von dem Verkäufer für diesen sich hatte abliefern lassen, in welchem Falle freilich er auch bei dem Erwerbe von Besitz und Eigenthum nur Stellvertreter G—w's gewesen, und Letzterem mit der Ablieferung des Waizens an den Beklagten durch diesen sofort das Eigenthum erworben gewesen sein würde,

§ 5. J. per quas personas.
l. 13. D. de donat.
l. 13. pr. § 1; l. 20. § 2; l. 65. pr. D. de acquir. rer. domin.
l. 6. C. si quis alteri vel sibi.

sondern da der Beklagte den Waizen auf seinen eigenen Namen gekauft und empfangen hatte, so waren Besitz und Eigenthum des Waizens zunächst dem Beklagten erworben, und es hätte zur Uebertragung beider auf G—w einer weiteren Tradition des Waizens von Seiten des Beklagten an diesen bedurft.

l. 59. D. de acquir. rer. dom.
l. 13. § 2. D. de usurpat.
l. 6. C. si quis alteri vel sibi.
l. 2. C. de his qui a non dom.
Connani commentar. jur. civ. Lib. 3. cap. 7. N. 7.
Pacii Enanthiophanon. cent. 8. qu. 80.
Giphanii lecturae Altorf. ad l. 59. D. cit. pag. 386.
Hertius, de obligat. mandantis § 4.
Breuls, D. de contractu commissionis ad merces comendas datae. Goett. 1800. § 9. 18. 19.

Da nun eine Uebertragung des physischen Besitzes des Waizens auf G—w offenbar nicht Statt gefunden hat, so könnte eine weitere Tradition des Waizens an den Letzteren nur mittelst eines zwischen ihm und dem Beklagten vorgenommenen constituti possessorii bewerkstelliget sein. Ein solches läßt sich aber aus den bisher dafür geltend gemachten Momenten ebenfalls nicht entnehmen. Eine ausdrückliche Verabredung zwischen dem Beklagten und G—w, daß Ersterer in Zukunft den Waizen nur im Namen des Letzteren besitzen solle, ist nicht einmal behauptet, auch in der Correspondenz, so weit solche zu den Acten gekommen ist, durchaus nicht zu erfinden. Es mußte also ein solches implicite aus dem rechtlichen Verhältnisse zwischen beiden, und aus den anderweitigen Verhandlungen unter denselben hervorgehen. Dieses ist aber keineswegs der Fall. Denn der Umstand zuvörderst, daß

Beklagter den Waizen im Auftrage G—w's, und in der Absicht, um den erhaltenen Auftrag auszuführen, angekauft hat, bewirkt nur eine Verpflichtung des Beklagten, den Waizen für G—w zu bewahren, und, insofern dieser seinen contractlichen Verbindlichkeiten nachkam, dessen Dispositionen darüber zu befolgen, und ihm denselben heraus zu geben; aber diese Verpflichtungen des Beklagten, und überhaupt seine Qualität als Commissionair hinderten ihn nicht, den Besitz und das Eigenthum des Waizens einstweilen noch für sich zu behalten;

vid. l. 13. § 2. D. de usurpat.

auf dieselbe Weise, wie nicht schon durch den Abschluß des Kaufcontracts Besitz und Eigenthum von dem Verkäufer auf den Käufer übergehen, sondern dadurch bloß eine persönliche Verpflichtung zur Uebertragung begründet wird. Eben so wenig kann daher auch ferner darin eine Uebertragung des Besitzes und des Eigenthums gefunden werden, daß Beklagter an G—w in mehreren Briefen die Vollziehung des Auftrages gemeldet, und ihm die Factura über den erkauften Waizen zugesandt hat, da gezeigtermaßen der Uebergang von Besitz und Eigenthum der gekauften Waare auf den Committenten nicht hievon, sondern von einer weiteren Tradition an denselben abhängt. Wenn endlich G—w in mehreren seiner Schreiben an den Beklagten den Waizen den Seinigen genannt, und Letzterer hiegegen in seinen Antwortschreiben nicht protestirt hat, so erscheint das, abgesehen von anderen Gründen, um deshalb als ganz irrelevant, weil der Sprachgebrauch des gemeinen Lebens es bei uns gestattet, nicht bloß eine Sache, woran Jemandem das wahre Eigenthum zusteht, sondern auch eine solche, die derselbe nur aus einem Contractsverhältnisse zu fordern hat, als die seinige zu bezeichnen. Unter diesen Umständen war das Aeußerste, was zur Aufrechthaltung der von den Klägern angestellten vindicatio utilis geschehen konnte, die Nachlassung des denselben vom Niedergerichte gestatteten Beweises eines Eigenthumserwerbes an dem Waizen von Seiten G—w's, welche von dem Beklagten

in voriger Instanz der Rechtskraft überlassene Verfügung des Niedergerichts demnach wieder hergestellt werden mußte.

Was nun aber ferner

B. die Befugniß der Kläger anbetrifft, die persönlichen Rechte G—w's, und, insofern der eben normirte Beweis geführt werden sollte, auch dessen Eigenthum an dem Waizen klagend zu verfolgen, gegen welche Befugniß der Beklagte in seiner vierten Beschwerde allerlei Einwendungen geltend zu machen gesucht hat; so läßt sich dieselbe aus einem zwiefachen Grunde überall nicht bestreiten.

1) Einmal nämlich muß die von G—w am 31. Oct. 1827 vorgenommene Uebertragung seiner Rechte auf die Hälfte des eingekauften Waizens an die Kläger durchaus als rechtsbeständig angesehen werden, und die Letzteren sowohl zur Anstellung der G—w zuständigen persönlichen Klage als auch eventualiter einer demselben gebührenden Vindication vollkommen legitimiren. Denn G—w hat mittelst jener Cession alle seine Rechte auf die Hälfte des Waizens, mithin sowohl seine etwaige dingliche, als auch die ihm jedenfalls zuständige persönliche Klage auf denselben an die Kläger cedirt, was an sich, zufolge der

l. 9. C. de hered. vel act. vend.

als völlig statthaft erscheint. Und obwohl er sich damals bereits in dem Zustande materieller Insolvenz befand,

Hamburg. Fallit.-Ordnung Art. 1, 24. № 3.

so hinderte ihn das doch nicht an der Vornahme jener Cession, da diese nicht zu denjenigen Dispositionen gehörte, welche die Falliten-Ordnung bereits dem untersagt, welcher sich noch nicht im Zustande des formellen, sondern erst in dem des materiellen Concurses befindet, und da jene Cession, wodurch die Rechte des Beklagten überall nicht geschmälert sind, mithin auf keinen Fall in fraudem ejus gehandelt ist, auch um so weniger als in fraudem creditorum geschehen betrachtet werden kann, da nach dem vorliegenden Societätsverhältnisse der Kläger mit G—w bei dem Waizengeschäfte die

Curatoren des Letzteren die Abtretung der Rechte auf die Hälfte des Waizens an die Kläger nach Maaßgabe der

Neuen Falliten-Ordnung Art. 26. № 1.

nicht hätten weigern können, wenn jene Abtretung nicht bereits von G—w selbst vorgenommen gewesen wäre. Auch ist jedenfalls dadurch, daß die Curatoren der Masse des Letzteren hinterher die von diesem über 50 Last Waizen zu Gunsten der Kläger getroffene Disposition wiederholt genehmigt haben, der ganze Einwand, daß dabei in fraudem creditorum gehandelt sei, vollständig beseitigt.

Aber auch gänzlich abgesehen von dieser Cession der G—w'schen Rechte, so würde den Klägern

2) die actio mandati utilis, so wie eventualiter eine vindicatio utilis in Betreff der 50 Last Waizen gegen den Beklagten nicht verweigert werden können, indem die Kläger vermöge ihres Societätsverhältnisses mit G—w ein Recht besaßen, von demselben die Abtretung seiner Rechte auf den Waizen zur Hälfte zu fordern, nun aber die Gesetze dem zur Cession berechtigten Mandanten oder sonstigen dominus negotii dann eine actio utilis ohne Abtretung der Klage von Seiten des Geschäftsführers ertheilen, wenn diese nicht mehr vorgenommen werden kann, er aber ohne Einräumung einer Klage in Verlust versetzt werden würde,

l. 1, 2. D. de institut. act.

und es ausdrücklich zu solchen Nothfällen rechnen, wenn der Geschäftsführer, von welchem die Abtretung der Klage vorzunehmen gewesen wäre, wie in concreto, in Concurs verfallen ist.

l. 5. D. de stipulat. praetor.

Eine Klage aus dem Rechte G—w's, wobei sie sich denn aber natürlich auch alle Einreden aus dessen Person gefallen lassen müssen, kann mithin den Klägeen nicht bestritten werden.

Erwägt man demnächst

II. den Einfluß der von dem Beklagten über 100 Last getroffenen Dispositionen auf die Rechte der Partheien, so kommt hiebei zunächst

A. der Verkauf der G—w'schen Hälfte des Waizens in Betracht, hinsichtlich dessen die Kläger in ihrer ersten Beschwerde, statt des allgemeinen Vorbehalts im obergerichtlichen Erkenntnisse wegen willkürlicher Veränderungen des Beklagten mit seinen Gegenforderungen an G—w, auf den sofortigen bestimmten Ausspruch antragen, daß solcher Verkauf für sie unverbindlich und rücksichtlich ihrer als nicht geschehen zu betrachten sei. Diesem Antrage konnte aber zuvörderst

1) schon aus dem formellen Grunde nicht deferirt werden, weil die Kläger selbst in ihrem Appellationslibelle voriger Instanz S. 11—14, 19. nur gebeten hatten, die Frage, wie der Conto-Courant des Beklagten mit G—w ihnen gegenüber zu stellen sei — was zum Theil gerade davon abhängt, wie über die Gültigkeit jenes Verkaufs entschieden wird — als noch nicht spruchreif, zum besonderen Liquidationsverfahren zu verweisen. Ist nun dieser Bitte vom Obergerichte durch die Aufnahme des obgedachten Vorbehalts in das Erkenntniß deferirt, so können die Kläger jetzt darüber keine Beschwerde führen, daß das Obergericht nicht zu ihren Gunsten ultra petita erkannt hat. Es erscheint aber auch ferner

2) der Antrag der Kläger als materiell verwerflich. Denn, wie die in jetziger Instanz beigebrachte Correspondenz des Beklagten mit den G—w'schen Curatoren ergiebt, so ist der Beklagte keineswegs eigenmächtig, sondern auf Verlangen und unter Autorisation der Güterpfleger von G—w zum Verkauf der denselben gehörigen Hälfte des Waizens geschritten; und es ist nicht abzusehen, wie er wegen des accidentiellen Interesse der Kläger bei der Sache verpflichtet oder selbst berechtigt gewesen sein sollte, sich jener Disposition der G—w'schen Curatoren gewissermaßen als negotiorum gestor der Kläger, deren eigene Sache es gewesen wäre, wenn sie einer Verfügung über die G—w'sche Hälfte des Waizens widersprechen zu können gemeint gewesen wären, die geeigneten Maßregeln deshalb zu ergreifen, zu widersetzen. Denn der Umstand, daß dem Beklagten ein Retentionsrecht auch an der klägerischen Hälfte des Waizens wegen seiner

Forderungen an G — w zusteht, ertheilt demselben an sich nur Rechte gegen die Kläger, legt ihm aber keine Verbindlichkeiten bei einem den Klägern gar nicht gehörigen Gegenstande auf.

Demnächst

B. liegt in Betreff der den Klägern überwiesenen zweiten Hälfte des Waizens sowohl ein Antrag der Kläger als auch ein Antrag des Beklagten zur Prüfung vor.

Es verlangen nämlich

1) die Kläger mittelst ihrer zweiten Beschwerde den Ausspruch, daß Beklagter schuldig gewesen sei, auf ihren Antrag vom 11. Octbr. 1828 einzugehen, und demgemäß ihnen jene 50 Last Waizen gegen die damals angebotene Caution auszuliefern. Allein dieser Antrag der Kläger war, wie das auch bereits vom Niedergerichte erkannt ist, zu verwerfen. Denn die mit einer Retention verknüpften Rechte bestehen, wie das in Betreff Lübecks durch die klare Vorschrift des Attestats des Senats vom 1. Septbr. 1798 noch insonderheit hervorgehoben ist, darin, daß der Gläubiger die retinirte Sache bis zur gänzlichen Befriedigung für die Ansprüche, wegen welcher er die Retention übt, einbehalten darf. Eine Caution ist nun aber keine Befriedigung, und sonach kann gegen eine solche die Verabfolgung der retinirten Sache eben so wenig verlangt werden, als der Faustpfandgläubiger das zu seiner Sicherheit dienende Pfand an den Schuldner herauszugeben braucht, wenn dieser ihm dafür eine Caution anbietet. Dieser im Allgemeinen auch völlig anerkannte Grundsatz kann nun auch im vorliegenden Falle nicht etwa um deshalb eine Ausnahme erleiden, weil die Gegenforderungen des Beklagten an G — w gegen den Kläger noch nicht zur völligen Liquidität gebracht sind; denn Ausstheils soll der debitor cessus durch die Cession nicht in eine schlimmere Lage gebracht werden, gegen G — w selbst aber würden die Gegenforderungen des Beklagten, wenn nicht sofort liquide, doch jedenfalls leicht zu liquidiren gewesen sein, und anderntheils und hauptsächlich, so ist die von Manchen aufgestellte, auf die

l. 5. pr. D. de statu liberis

gestützte Behauptung, daß eine wegen illiquider Forderungen geübte Retention durch die Bestellung einer hinreichenden Sicherheit beseitigt werden könne, durchaus nicht zu billigen, indem solches nicht nur dem oben angegebenen wesentlichen Zwecke der Retention widerstreiten würde, sondern indem auch ein generelles Princip der Art in der l. 5. pr. cit., bei deren Bestimmung offenbar die Begünstigung der Freiheit mit gewirkt hat, gar nicht enthalten ist. Vielmehr ergiebt gerade der § 1. desselben Gesetzes klar, daß da, wo, wie im Attestate des Senats, eine vorgängige wirkliche Befriedigung des Gläubigers vorgeschrieben ist, die Retention gegen bloße Caution nicht aufgehoben zu werden braucht.

Lauterbach, D. de retentione th. 7. 8.
a Sande, Decis. Fris. Lib. 3. tit. 15. def. 5.
Elb. Leonini Emendationes Lib. 4. Cap. 1. № 46.
Faber, Cod. definit. for. Lib. 3. tit. 22. def. 15.

Auf der anderen Seite gravaminirt

2) der Beklagte in seiner fünften Beschwerde darüber, daß das obergerichtliche Erkenntniß den Klägern wider den von ihm vorgenommenen Verkauf der zweiten 50 Last Waizen einige Einreden vorbehalten hat, und verlangt er, dieser Vorbehalt solle aufgehoben, und damit jener Verkauf für rechtsbeständig vorgenommen erklärt werden. Diesem Verlangen des Beklagten konnte aber ebenfalls nicht entsprochen werden. Denn mit vollem Rechte hat das Obergericht auch diesen Punkt bis zur künftigen Entscheidung über die Rechnungsverhältnisse zwischen den Partheien verstellt, da einentheils der hierauf bezügliche Antrag der Kläger vom 1. Nov. 1828 von dem Niedergerichte aus formellen Gründen für damals unbeachtet gelassen, und deshalb über diesen erheblichen Gegenstand in erster Instanz noch gar nicht verhandelt und entschieden war; da anderntheils auch nach den von den Partheien in zweiter Instanz gestellten Anträgen höchstens darüber hätte erkannt werden können, ob jener Verkauf ein rechtmäßiger oder ein unrechtmäßiger sei, nicht aber welche weiteren Folgen dieser Ausspruch auf das rechtliche Ver-

hältniß der Partheien haben soll, welches doch damit in einem wesentlichen Zusammenhange steht; so daß viel angemessener beides durch ein und dasselbe Erkenntniß regulirt wird; und da endlich die Berechtigung des Beklagten zu dem vorgenommenen Verkaufe keineswegs als ausgemacht angesehen werden kann. Zuvörderst nämlich könnte es hiebei leicht von Einfluß sein, ob die Kläger nur mit der angestellten persönlichen Klage zugelassen werden, oder ob sie im Stande sind, die ihnen noch erst zum Beweise verstellten Erfordernisse der damit cumulirten vindicatio utilis darzuthun; und sodann mußte es jedenfalls nach den in der

l. 1. § 3. D. de periculo et commodo

l. 4. C. de distract. pign.

enthaltenen Vorschriften Bedenken erregen, daß der Beklagte zum Verkauf des fraglichen Waizens geschritten ist, ohne zuvor die Kläger, von deren Anrechte auf denselben er damals bereits auf zuverlässige Weise unterrichtet war, zur Abtragung seiner Gegenforderungen an G — w mit der bestimmten Anzeige, daß er widrigenfalls zum Verkauf des Waizens schreiten würde, aufgefordert zu haben. Obwohl sich daher auf der anderen Seite das Gewicht der Gegengründe, wodurch der Beklagte diesen Verkauf zu rechtfertigen gesucht hat, nicht verkennen läßt, so erscheint doch der Punkt zu zweifelhaft, als daß es für angemessen erachtet werden konnte, darüber in höchster Instanz das erste und letzte Erkenntniß abzugeben, und mußte es daher auch in diesem Stücke bei der, diesen Punkt zur vollständigen Verhandlung durch alle Instanzen verweisenden, Verfügung des Obergerichts belassen werden.

Was endlich

III. die processualischen Nebenpunkte, worauf sich die beiden ersten Beschwerden des Beklagten beziehen, anbetrifft, so war das vorige Erkenntniß hinsichtlich derselben ebenfalls zu bestätigen. Denn

1) obwohl die Lübische Praxis, daß der Beklagte die Einlassung nicht mehr verweigern kann, wenn der Kläger für

die Kosten eine Summe von 10 ℛ deponirt hat, einem Verlangen des Beklagten auf Erhöhung der Caution, wenn jene Summe nicht mehr zureicht, nicht entgegen steht, wie das bereits am 4. Januar 1826 in Sachen Kuhlmann contra Bille von dem O.-A.-Gerichte erkannt worden ist; so ist doch der Beklagte in vorliegender Sache mit solchem Antrage an die erste Instanz zu verweisen gewesen, da aus den Verhandlungen in den höheren Instanzen, wo die Kosten verglichen sind, kein Bedürfniß zur Erhöhung der Caution entstanden ist, und da in erster Instanz ein bestimmter motivirter Antrag der Art von dem Beklagten noch gar nicht gemacht, sondern nur die nach erfolgter Deposition der 10 ℛ gar nicht mehr passende dilatorische exceptio cautionis pag wiederholt und selbst in zweiter Instanz dem Obergerichte anheim gegeben war, ihm dieserhalb für die erste Instanz Competentien zu reserviren, welchem Verlangen bereits von dem Obergerichte entsprochen ist.

2) Auf die begehrte Caution für die Widerklage ist ebenfalls mit vollem Rechte nicht erkannt worden. Zwar dürfte dem desfallsigen Verlangen des Beklagten die Vorschrift des gemeinen Bescheides vom 6. Febr. 1756, welcher eine bestimmte Angabe der causa reconventionis verlangt, nicht entgegen stehen, indem eine solche Angabe in der hauptsächlichen Vernehmlassung des Beklagten wenigstens nothdürftig enthalten ist. Aber die gebetene Caution war um deshalb nicht zu verfügen, weil die angegebenen Gründe der Widerklage als ganz verwerflich erscheinen. — Die Kläger trifft nämlich

a) der Vorwurf einer Theilnahme an einer fraudulenten Veräußerung des Waizens durch G — w, worauf Beklagter seine Widerklage theilweise gründen will, in keiner Hinsicht, da, wie oben gezeigt ist, ihnen ein vollkommenes Recht zustand, die Ueberlassung der Hälfte des für gemeinschaftliche Rechnung committirten Waizens zu verlangen. Eben so wenig kann auch ferner

b) der Beklagte für berechtigt gehalten werden, den etwaigen Mehrbetrag seiner Forderungen an G — w wider die

Kläger einzuklagen, da der Cessionar nur verpflichtet ist, sich Einreden aus der Person seines Cedenten opponiren zu lassen, nicht aber weiter gehende Verbindlichkeiten desselben gegen den debitor cessus zu erfüllen, er mithin auch eine darauf gerichtete Widerklage des Letzteren nicht aufzunehmen braucht.

l. 34. D. de procurat.

Martin, Lehrb. des bürgerl. Proc. § 158, ibique cit. not. m. (ed. 10.)

Auch stehen dem nicht etwa die

l. 33. § 5; l. 70. in f. eod.

entgegen, da diese höchstens von einer Verpflichtung des Cessionars, für Rechnung des Cedenten die Widerklage des debitor cessus zu verhandeln, verstanden werden müssen, welches Letztere aber weder in der Absicht des jetzigen Beklagten liegt, noch auch in der heutigen Praxis mehr befolgt wird.

LXXXVII. (133.)

Paulsen Extrajud.-Appell.

In Extrajudicial-Appellationssachen des A. E. Paulsen, welcher als testamentarischer Universal-Erbe und zugleich nächster Intestat-Erbe von A. F. Paulsen ein Proclam erbeten hatte, wodurch

1) Alle, welche ein näheres oder gleich nahes Erbrecht an den Nachlaß haben mögten,
2) Alle diejenigen, welche der Behauptung des Extrahenten: daß der Erblasser an Erbgut 52,298 ℔ 15 ß besessen, also mit Unrecht in seinem Testament gesagt habe, er besitze kein Erbgut, entgegenzutreten gemeint sein mögten,

edictaliter geladen werden sollten, sich zu melden, wer der Implorant mit diesem Gesuch vom Nieder- wie vom Obergericht angebrachtermaßen abgewiesen worden.

Diese Abweisung ward vom O.-A.-Gericht unterm 31. Mai 1831 wegen des zweiten Theils des Proclamationsgesuchs

pure bestätigt, indem es in den Entscheidungsgründen heißt:

Es ist 1) schon eine ganz entschiedene Regel, daß bekannte Gegner in einem Rechtsstreite, welche ohne Schwierigkeit vor Gericht geladen werden können, nicht edictaliter citirt werden dürfen; und es leidet im vorliegenden Falle nicht den geringsten Zweifel, theils, daß die wahren Gegner des Appellanten ihm nicht unbekannt sein können, theils, daß ihrer ordentlichen Citation vor die Lübischen Gerichte überall kein Hinderniß entgegensteht. Beides ergibt sich aus dem vorliegenden Testamente und dem damit in Verbindung stehenden Geheimbuche von selbst.

Darnach ist in der Person des W. D. H. Luer ein curator hereditatis und executor testamenti bestellt worden, welcher als der wahre Gegner des Imploranten anzusehen sein dürfte, theils in seiner Eigenschaft als Besitzer des Nachlasses,

l. 36. § 1. D. de hered. petit. (5, 3.)

l. 9. i. f. D. de rei vind. (6, 1.)

theils, weil derselbe als Testaments-Vollstrecker und nach der ausdrücklichen Vorschrift des Geheimbuchs für die Aufrechthaltung des Testaments zu sorgen hat.

Das dagegen vom Imploranten hervorgehobene Bedenken, daß die Legatarien eine gegen den executor testamenti wegen der Erbgutsforderung erwirkte Rechtskraft nicht als für sich verbindlich anerkennen mögten, dürfte theils an sich für ungegründet zu halten,

arg. l. 3. pr. D. de pignor. et hypoth. (20, 1.)
l. 5. § 1. l. 14. pr. § 1. D. de appell. (49, 1.)
Nov. 112. c. 1. med.

theils dadurch zu beseitigen sein, daß der Implorant die Legatarien von dem Proceß mit dem Executor in Kenntniß setzte, um sie allenfalls zur Intervention zu veranlassen.

l. 63. D. de re jud. (42. 1.)

Gesetzt aber auch, der Implorant glaubte wirklich, zur vollen Sicherheit seinen Antrag gegen sämmtliche Legatarien mit

richten zu müssen, so ergibt sich ja aus dem Testamente und dem Geheimbuche nicht allein, wer dieselben sind, sondern auch, daß sie insgesammt unter Lübischer Gerichtsbarkeit wohnen, mithin ohne Schwierigkeit persönlich vorzuladen sind.

2) Kann auch eine Edictalcitation insofern, als darin eine provocatio ad agendum liegt, nicht gestattet werden, wenn derjenige, welcher sie ausbringen will, kein Recht hat, für sich die Rolle des Beklagten zu verlangen, sondern vielmehr selbst als Kläger auftreten muß, welches hier unläugbar der Fall ist.

Nun erklärt zwar der Appellant in gegenwärtiger Instanz, daß er bereit sei, sich denjenigen, die in Folge des Proclams wider ihn auftreten mögten, mit allen Pflichten eines Klägers entgegenzustellen; allein damit steht der im Proclamationsgesuch enthaltene Antrag, daß die Geladenen schuldig sein sollten, causales ihres Widerspruchs gegen seine Behauptung in Betreff des Erbguts an- und auszuführen, in offenbarem Widerspruche.

LXXXVIII. (134.)

Amt der Rademacher c. Wegebau-Commission.

Das Amt der Rademacher war

wider

die Wegebau-Commission,

welche auf dem Wege der Submission circa 150 Schiebkarren bei auswärtigen Handwerkern (darunter 100 bei einem Stockelsdorfer Rademacher, ¼ Meile von hier) hatte machen lassen, wegen solcher Beeinträchtigung der ausschließlichen Gerechtsame des Amts klagbar geworden, vom Wettegericht jedoch am 14. Juli 1829 wie auch vom Obergericht am 26. Nov. s. J.

„mit seiner zu Recht nicht beständigen Klage unter Ver-
„urtheilung in die Kosten ab- und zur Ruhe verwiesen"

worden.

Das O.-A.-Gericht hob nun auf Appellation der Kläger am 25. Octbr. 1830 beide Erkenntnisse wieder auf und erkannte für Recht:

„daß, in Betreff der in Stockelsdorf (innerhalb der „Bannmeile) verfertigten Schiebkarren, die Klage „an sich als begründet anzunehmen, sodiel aber „die übrigen Schiebkarren unbelange, annoch die „Kläger schuldig seien, zu erweisen: „daß dieselben ebenfalls innerhalb der Bannmeile verfertigt worden;" wobei der Beklagten außer dem „Gegenbeweise in Ansehung sämmtlicher Schiebkarren noch der Beweis, salva reprobatione, „nachzulassen:

„entweder:

daß die Verfertigung von Schiebkarren überhaupt nicht zu der dem klagenden Amt zustehenden Arbeit gehöre;

„oder:

daß die von dem Bauhofe hergebrachte Exemtion von dem Zunftzwange der Aemter sich auch darauf erstrecke, die diesem Zwange unterworfenen Arbeiten auswärts von fremden innerhalb der Bannmeile wohnenden Arbeitern verfertigen zu lassen;

„oder endlich:

daß das klagende Amt, als ihm die Verfertigung der Schiebkarren angetragen worden, einen ungebührlich hohen Preis dafür gefordert habe."

unter Aussetzung der Kosten erster und Vergleichung der Kosten zweiter und dritter Instanz."

Entscheidungsgründe:

Die Kläger haben durch die von ihnen beigebrachten Verordnungen und namentlich durch das Mandat vom 6. Novbr. 1735 vollständig dargethan, daß den zünftigen Handwerkern und Aemtern in der Stadt Lübeck nicht bloß ein allgemeines Verbietungsrecht gegen jeden unzünftigen Arbeiter in der Stadt und gegen jede dortige unbefugte Verfertigung von Arbeit,

welche dem Zunftzwange unterworfen ist, mit geringen Ausnahmen zustehet, sondern, daß sie auch ein Zwangsrecht in der Maaße besitzen, daß sie den Bürgern und Einwohnern der Stadt und überhaupt allen und jeden Unterthanen, „wes Standes, Condition und Wesens die auch seien," verwehren können, solche Arbeiten durch Auswärtige verfertigen und dieselben in die Stadt und deren Jurisdiction einbringen zu lassen, wobei jedoch beide Theile darüber einverstanden sind, daß sich diese Ausdehnung des Zwangsrechts auf auswärts verfertigte Arbeiten nicht über die sogenannte Bannmeile hinaus erstrecke, deren Begränzung sich übrigens aus den Acten nicht ersehen läßt.

Die Beklagte hat nun dem Anspruch der Kläger besonders durch den, gewissermaßen in der Form einer proceßhinderwen Einrede vorgeschützten Einwand zu begegnen gesucht, daß sie, als eine städtische Verwaltungsbehörde, dem Zunftzwange der Aemter nicht unterworfen sei, und haben auch die vorigen Gerichte auf den Grund dieses Einwandes die Kläger ohne Weiteres mit ihrer Klage abgewiesen. Da jedoch dieser Ansicht nicht beizupflichten ist, so ergibt sich daraus die Nothwendigkeit der ergangenen reformatoria von selbst.

Ihre Exemtion von dem Zunftzwange stützt die Beklagte theils auf allgemeine Grundsätze, theils auf die concreten Verhältnisse der städtischen Baubehörde.

In der ersten Hinsicht kann sie sich nun aber

1) auf den allgemeinen Grundsatz, daß der Staat als solcher über dem Gesetze und nicht unter demselben stehe, oder auf die Regel: „princeps legibus solutus est," offenbar schon um deshalb nicht berufen, weil eine einzelne Verwaltungsbehörde nicht der Staat selbst und daher auch nicht befugt ist, diejenigen Rechte für sich in Anspruch zu nehmen, welche Rath und Bürgerschaft der Stadt Lübeck dürften geltend machen. Vielmehr stehen einzelne Behörden ebenso gut, wie jede andere individuelle oder moralische Personen unter den allgemeinen Landesgesetzen und kann dabei weder der Umstand einen Unterschied machen, daß hier ein privilegium oder

jus singulare in Frage steht, weil constitutiones personales nicht minder allgemein verbindende Kraft haben, als leges edictales, noch der Umstand, daß die Arbeiten, zu deren Behuf die fraglichen Karren angeschafft sind, für Rechnung der Staatscasse verfertigt werden, indem auch der Fiscus, insoweit er nicht besonders privilegirt ist, sich den gewöhnlichen Regeln unterwerfen muß.

Die Beklagte kann sich aber auch

2) ebensowenig darauf berufen, daß vermöge des Reichsgesetzes vom Jahre 1731 über die Abstellung der Handwerksmißbräuche der Obrigkeit das Recht zustehe, die Amtsbefugnisse der Zünfte und Handwerker durch Abänderung ihrer Rollen den Zeitläuften und Umständen nach zu beschränken, indem auch diesem Argumente wieder die Verwechselung der einzelnen Verwaltungsbehörde mit dem Staat selbst zum Grunde liegt. Denn, wie ausgedehnt auch die Befugnisse des Raths und der Bürgerschaft oder auch des Rathes der Stadt Lübeck allein in Ansehung der Zunftprivilegien sein mögen, so kann doch eine einzelne Behörde weder sich die gleichen Befugnisse aneignen, noch kann sie, so lange die Staatsgewalt die Privilegien der Aemter im Verhältnisse zu öffentlichen Behörden im verfassungsmäßigen Wege nicht beschränkt hat, die Anerkennung dieser Rechte und Privilegien verweigern.

Anlangend endlich

3) das von der stricten Interpretation der Privilegien entlehnte Argument, so hat es freilich seine Richtigkeit, daß solche die natürliche Freiheit der Staatsbürger beschränkende Vorrechte, wie sie hier vorliegen, nicht über den Fall ausgedehnt werden dürfen, für welchen sie gegeben sind. Aber ebenso richtig ist es auch, daß es den Grundsätzen von der stricten Interpretation — welche man nur nicht mit der restrictiven Interpretation verwechseln muß — keineswegs widerstreitet, wenn sie auf alle Fälle angewandt werden, wofür sie dem Wortsinne nach ertheilt sind. Wenn nun in den Mandaten ganz generell verordnet wird, daß alle Bürger, Einwohner und Unterthanen, wes Standes, Condition und

Wesens sie auch seien, also überhaupt Alle und Jede ohne Ausnahme dem Zunftzwange, in der hier in Frage stehenden Richtung, unterworfen sein sollen, so ergibt sich die Anwendung auf den vorliegenden Fall von selbst, da verwaltende Behörden ebensowohl zu den Unterthanen gehören, wie andere moralische Personen.

Es kommt daher nur noch auf die zweite Frage an, ob die concreten Verhältnisse des städtischen Bauhofes eine Exemtion von dem hier in Frage stehenden Zweige des Zunftzwanges der Aemter mit sich bringen.

Allein aus dem von der Beklagten bisher Angeführten kann dies noch keineswegs gefolgert werden. Wenn sich nämlich die Beklagte

a) auf die in der Amtsrolle der Kläger vorkommende Bestimmung beruft, daß die Rademacher sogar persönlich verpflichtet seien, auf dem Bauhofe zu arbeiten, insofern der Rath Solches von ihnen verlange, und daraus folgern, daß das dem Bauhofe in solcher Maaße verpflichtete Amt unmöglich Rechte gegen denselben könne erworben haben, so ist dieses Argument augenscheinlich von gar keinem Gewichte, weil die Verpflichtung des Amtes in der einen Beziehung die Berechtigung desselben in einer andern Beziehung nicht ausschließt, sondern vielmehr eine Verbindlichkeit des Amts am Bauhofe zu arbeiten mit dem Rechte desselben auf die ausschließliche Arbeitsbefugniß im völligen Einklange steht.

Erheblicher dagegen scheint

b) das von der Beklagten in Bezug genommene Rathsdecret vom 19. Jan. 1753, welches die Beurtheilung der vorliegenden Sache allerdings zweifelhaft macht.

Ueber die Veranlassung desselben führen die Kläger an — ohne daß solchem von der Beklagten widersprochen wäre — daß sich das Amt der Maurer zu jener Zeit über die Anstellung von Maurergesellen am Bauhofe beschwert habe, worauf der Senat decretirte:

„daß, da der Bauhof es hergebracht und die Gerechtigkeit „besitzet, allerhand Arbeitsleute, so keine hiesige Amtsgenossen

„sein, anzunehmen, der supplicantische Widerspruch nicht „Statt habe, sondern vielmehr den Herrn des Bauhofes „frei bleibe, des Publici Vortheil auf alle Weise zu suchen „und zu fördern."

Hier ist nun freilich soviel von selbst klar, daß sich die Beklagte nicht auf diese Schlußworte in dem Sinne berufen könne, als habe dadurch das allgemeine Princip ausgesprochen werden sollen, daß der Bauhof überall nur auf den Vortheil des öffentlichen Aerars zu sehen, die Rechte Anderer aber gar nicht zu berücksichtigen habe, und daß daher auch im vorliegenden Falle die Beklagte nur darauf ihr Augenmark zu richten gehabt habe, die Karren so wohlfeil als möglich anzuschaffen. Denn, abgesehen davon, daß bei einer solchen allgemeinen Clausel sich der Zusatz: „soweit Rechtens" immer von selbst versteht, und daß eine weiter gehende Befugniß dem Bauhofe durch ein gewöhnliches Rathsdecret gar nicht hätte ertheilt werden können, so ist auch die ebenerwähnte ratio in dem Decrete keineswegs als die alleinige oder auch nur als die entscheidende aufgeführt, sondern der eigentliche Entscheidungsgrund ist der, daß der Bauhof es hergebracht habe und die Gerechtigkeit besitze, Arbeiter jeder Art bei seiner Arbeit anzustellen, und nur nebenher — gleichsam als ratio dafür, daß der Bauhof sich auch nicht veranlaßt finden könne, im Interesse der Aemter von seiner Gerechtigkeit keinen Gebrauch zu machen — wird auch das Argument benutzt, daß die Anstellung eigner Arbeiter auch vortheilhafter sei, den Herrn des Bauhofes aber frei bleiben müsse, des Publici Vortheil auf alle Weise zu suchen und zu befördern. In diesem Sinne läßt sich aber daraus für die gegenwärtige Sache nichts der Beklagten Günstiges entnehmen.

Dahingegen ist das Decret allerdings insoweit von Erheblichkeit, als es das bestimmte Zeugniß der Obrigkeit enthält, daß der Bauhof, gegen die bestehenden, zu Gunsten der Aemter ergangenen Verordnungen und Mandate und ungeachtet der umfassenden Vorrechte derselben, die Gerechtigkeit hergebracht habe, unzünftige Arbeiter bei seinen Arbeiten an-

zustellen (welche Befugniß auch von den Klägern eingeräumt wird), und hat es unstreitig vielen Anschein, hievon, gleichsam a majori ad minus den Schluß zu machen, daß es folglich dem Bauhofe auch freistehen müsse, seine Arbeiten auswärts durch unbefugte Arbeiter verfertigen zu lassen. Denn das eigentliche privilegium zünftiger Handwerker besteht darin, andere unbefugte Arbeiter von der Arbeit am Orte auszuschließen und nur folgeweise und gleichsam als ein annexum von jenem, findet sich häufig auch noch das weitere Vorrecht der Aemter, sogar den Bürgern das Hereinbringen auswärts verfertigter Arbeiten untersagen zu dürfen. Hat nun der Bauhof sogar eine Exemtion von dem principale des privilegii hergebracht, so hat es gewiß viel für sich, nun auch das annexum oder das mindere Vorrecht als weggefallen anzusehen.

Allein dennoch ist es gegen diese Schlußfolgerung entscheidend, daß das Rathsdecret wirklich keine vollständige Exemtion des Bauhofes von dem Zunftzwange der Aemter im Innern der Stadt enthält oder gar nachweiset, daß, wie die Beklagte es ausdrückt, dem Bauhofe annoch die natürlichen Befugnisse in ihrem ganzen Umfange beiwohnen, sondern daß das Recht des Bauhofes lediglich dahin geht: „allerhand Arbeitsleute, so keine städtische Amtsgenossen sind, anzunehmen," also solche Arbeiter in seinem Dienste, als sogenannte Bauhofsarbeiter, anzustellen, welche Arbeiter zufolge der zuletzt im Jahre 1776 revidirten Bauhofsordnung „allhier wohnende Leute" sein mußten und überhaupt in mannigfaltiger Hinsicht in sehr abhängigen Verhältnissen zum Bauhofe standen. Dahingegen ist dort dem Bauhofe keineswegs freigestellt, Arbeiten, welche dem Zunftzwange unterliegen, durch andere nicht beim Bauhofe angestellte unzünftige Arbeiter in der Stadt verfertigen zu lassen, also z. B. die Lieferung von Karren mit hiesigen Pfuschern im Accorde zu bedingen.

Aus der im Decret allein enthaltenen Befugniß, Arbeiter anzustellen, läßt sich aber durchaus kein Schluß auf die Befugniß machen, Arbeiten in der Fremde verfertigen und in die

Stadt einbringen zu lassen. Denn theils würde dies ein Schluß von einer Exemtion auf eine andere ganz verschiedene sein — welcher überhaupt unstatthaft ist, indem Exemtionen von der allgemeinen Regel ebenfalls strict, d. h. hier nicht über den Wortsinn des Decrets hinaus zu interpretiren sind; theils würde ein solcher Schluß in concreto nicht einmal zutreffen, wo es jedenfalls an der zu einem Schlusse ex analogia immer erforderlichen paritas rationis fehlt, indem es sich von selbst versteht, daß es für die zünftigen Handwerker weit weniger nachtheilig ist, wenn die Baubehörde fremde Arbeiter am Orte selbst bei ihren Arbeiten anstellt, als wenn sie diesen die Verfertigung der Arbeiten an ihrem Wohnorte in der Fremde aufträgt, wo sie begreiflich noch viel wohlfeiler arbeiten als hier am Orte und im Tagelohn der Baubehörde.

LXXXIX. (135.)

Roggenbau c. Schmidt & Müller.

Die in Sachen Roggenbau c. Schmidt & Müller ergangene O.-A.-Gerichtliche Sentenz vom 29. April 1831 entscheidet reformatorisch:

daß der Beklagte mit der in der Vernehmlassung, wenn gleich undeutlich vorgebrachten, in der Duplik näher hervorgehobenen Einrede der „nicht probegemäß geschehenen Lieferung" zu hören und Kläger — welchen hier nach den richtigen Grundsätzen über die exceptio non adimpleti contractus die Beweislast treffe — die Probe gemäße Lieferung zu beweisen habe.

LXXXX. (140.)

J. Behrens c. H. D. Spethmann Wwe.

In Sachen J. Behrens, Klägers,
wider
H. D. Spethmann Wwe., Bekl.,
die Herstellung eines Gelinds betr.,
hatte das Niedergericht am 23. April 1831 erkannt:

„daß Kläger unter Verurtheilung in die Kosten „abzuweisen, er könnte denn salva reprobatione „erweisen, daß der Beklagten eine Verpflichtung „zur Herstellung des schadhaften, den Garten des „Klägers von dem Hofraum der Beklagten tren„nenden Gelindwerkes auf gemeinschaftliche Kosten „obliege;"

welches Interlocut vom Obergericht am 24. Novbr. 1831 unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten pure bestätigt worden war.

Auf die Beschwerde des Klägers erkannte aber das O.-A.-Gericht am 30. Juni 1832 unter Vergleichung der Kosten aller drei Instanzen reformatorisch dahin:

„daß Beklagte schuldig sei, die zur Unterhaltung „und Erneuerung des streitigen, an der Nordseite „des klägerischen Gartens in der Länge von „95 Fuß hinlaufenden Gelindes erforderlichen „Kosten jedesmal zur Hälfte zu übernehmen, sie „könnte denn, reprob. salva, wie Recht erweisen:

„daß es dem Besitzer des vom Kläger bewohn„ten Hauses obliege, die fragliche Strecke des „Gelindes auf seine alleinige Kosten zu bauen „und zu unterhalten."

Entscheidungsgründe:

Der von der Beklagten bestrittenen Appellabilität der Sache scheint zuvörderst der Einwand entgegenzustehen, daß der Kläger nur wegen der für jetzt nothwendigen Reparatur geklagt hat, deren halber Betrag einen Geldwerth hat, welcher die in Lübischen Rechtssachen erforderliche Appellationssumme von mehr als 1000 ℔ bei Weitem nicht erreicht. Da aber durch die Exceptionalhandlung der Beklagten und insbesondere durch das in den vorigen Instanzen abgegebene Beweis-Interlocut die Beitragspflicht in Betreff der Unterhaltungskosten des Gelindes überhaupt Gegenstand des Streits geworden ist, so kann der gedachte Einwand nicht weiter in Betracht kommen, indem nun diese Beitragspflicht im Allgemeinen als Gegenstand der Beschwerde anzusehen ist, die Appellationssumme aber hiernach und nicht nach dem Gegenstande der Klage beurtheilt werden muß.

Allein selbst unter dieser Voraussetzung ist es nach der von der Appellatin aufgestellten Berechnung und weil die ganze Planke gewiß keine 1000 ℔ werth ist, nicht zu bezweifeln, daß der jetzige Streitgegenstand, wenn man ihn zu einem gewissen Geldwerth anschlagen dürfte, die Appellationssumme nicht erreichen würde. Aber auch dies hindert die Zulässigkeit der Appellation in gegenwärtiger Sache nicht, da der Nachtrag zu der

V. über das Gerichtswesen vom 4. Mai 1814, § 14

ausdrücklich und unbedingt die Appellation an das O.-A.-Gericht neben den Sachen, die über 1000 ℔ Capital oder 50 ℔ jährlicher Einkünfte betragen, auch in denjenigen Sachen gestattet, welche Gerechtsame und überhaupt solche Gegenstände betreffen, die keiner bestimmten Schätzung unterworfen sind. Ein solcher Gegenstand ist aber hier vorhanden; man streitet nämlich um das Recht, eine von Zeit zu Zeit wiederkehrende Leistung vom Nachbarn zu fordern, wobei im Voraus eine bestimmte Schätzung nach Geldwerth nicht möglich ist. Bei einer solchen gesetzlichen Vorschrift kommt denn darauf Nichts an, daß die ungefähre Schätzung, wenn

man sie auch so hoch als immer möglich anschlagen wollte, dennoch die Appellationssumme lange nicht erreichen würde.

vgl. K.-G.-O. v. 1555. Th. 2. tit. 28. § 4. verbis: ob sie gleich ꝛc.

Linde, über die Appell.-Summe im Arch. f. d. civ. Pr. Th. XI. № 19. S. 226 ff.

In der Sache selbst fragt es sich für jetzt bloß, welchem von beiden Theilen die Beweislast obliegt? Die vorigen Gerichte haben sie dem Kläger zugewiesen, weil die Beklagte die von ihr behauptete Gemeinschaftlichkeit des fraglichen Gelindwerks in Abrede gestellt habe und weil so wenig allgemeine als besondre Gründe vorlägen, wodurch eine Verpflichtung der Beklagten, zur Herstellung des Gelindwerks mit beizutragen, nachgewiesen werde.

Ein solcher Grund würde nun freilich schon in den Schlußworten des

art. 5. tit. 12. lib. 3. Stat. Lub.

zu finden sein, wenn man es als unzweifelhaft ansehen könnte, daß durch die Worte: „die gemeinen Gelinde" alle diejenigen Gelinde zu verstehen seien, welche den Grund und Boden zweier Nachbarn von einander trennen, wie dies in der im Commentar des Mevius enthaltenen lateinischen Uebersetzung jener Stelle deutlich ausgedrückt und von Mevius selbst

ad l. cit. № 26. i. f.

bestimmt angenommen worden ist.

vgl. auch Mensching, D. de servitute aedificiorum legali J. Lub. (1763) § 21. p. 67. p. 61 ff.

Da indessen die Worte „gemeine Gelinde" auch solche Gelinde bezeichnen können, welche gemeinschaftliches Eigenthum beider Nachbarn sind, so bleibt es wenigstens zweifelhaft, ob diese Stelle für sich allein und unmittelbar schon einen hinreichenden Grund enthalte, die Beklagte ohne weitere Beweisführung abseiten des Klägers zur Theilnahme am Bauen und Bessern der fraglichen, ihre beiderseitigen Grundstücke trennenden Gelindstrecke zu verpflichten? Man kann dies aber füglich dahin gestellt sein lassen, indem zwei andere Gründe

vorhanden sind, woraus die gedachte Beitragspflicht der Beklagten gefolgert werden muß, wenn sie nicht durch gehörige Beweisführung dem Kläger allein die Last der Unterhaltung zuschieben kann. Es ist nämlich

1) eine ganz natürliche Regel, daß einfache Gelinde, wodurch die Grundflächen zweier Nachbarn getrennt und Beider Besitzungen gleichmäßig befriedigt werden, in dubio auch gemeinschaftliches Eigenthum dieser beiden Nachbarn sind und also von ihnen gemeinschaftlich unterhalten werden müssen; und es ist

2) notorisch, daß überall und namentlich zu Lübeck der Stand der Pfähle, woran ein Gelind befestigt ist, je nachdem sie auf der einen oder andern Seite stehen, für ein sicheres Merkmal gehalten wird, welchem von beiden Nachbarn die Unterhaltung obliegt. Hierüber sind auch in den vorliegenden Acten beide streitende Theile einverstanden.

Daraus folgt aber von selbst, daß bis zum Beweise des Gegentheils abseiten dessen, der dem andern die alleinige Unterhaltung des Gelinds aufbürden will, beide Nachbarn dazu beitragen müssen, wenn die Pfähle ebensowohl auf der einen als auf der andern Seite stehen. Dies ist nun hier der Fall, da nach dem Besichtigungs-Protocolle, welches von keinem Theile bestritten ist, auf der streitigen Strecke sämmtliche neun Pfähle in der Mitte ausgefalzt und die das Gelind bildenden Bretter in die Falzen eingeschoben sind, womit auch die von der Beklagten producirte Zeichnung übereinstimmt. Die Pfähle stehen demnach halb auf dem Grunde des Klägers und halb auf dem Grunde der Beklagten, also muß man annehmen, daß die Beklagte die Hälfte der Unterhaltungskosten zu tragen hat, bis das Gegentheil von ihr dargethan wird.

Zwar hat sie nun drei Gründe aufgestellt, welche auch ohne weiteren Beweis von ihrer Seite dahin führen sollen, den Kläger zur alleinigen Unterhaltung des streitigen Gelindes oder zum Beweise ihrer Mitverpflichtung schuldig zu erkennen; sie können aber insgesammt, wenigstens zur Zeit noch nicht für durchgreifend gehalten werden.

Sie beruft sich nämlich:

1) darauf, daß eine andere und kleinere Gelindstrecke, welche ebenfalls ihren Grund von dem des Klägers trennt und mit drei Pfählen versehen ist, die im Garten des Klägers stehen, von Letzterem allein unterhalten werden müsse.

Es ist aber bekannt genug, daß von der Unterhaltungspflicht in Betreff Einer Gelindstrecke niemals auf die Last der Unterhaltung wegen einer andern Strecke geschlossen werden kann, wenn auch das Gelind in grader Linie fortläuft, daß vielmehr eine Verschiedenheit in der Stellung der Pfähle bei verschiedenen Stellen eines grade aus fortlaufenden Gelindes auch einen Wechsel in der Unterhaltungspflicht zur Folge hat. Hier tritt nun noch der Umstand hinzu, daß die kleine Gelindstrecke, welche sich an die drei im Garten des Klägers stehenden Pfähle lehnt, nach einer ganz andern Richtung läuft, als die streitige größere Strecke; es kann daher um so weniger in Beziehung auf die Unterhaltungspflicht von jener Strecke auf diese geschlossen werden. Eher läßt sich annehmen, daß man es mit den Pfählen in Betreff der größern Strecke wohl ebenso wie bei der kleinern eingerichtet haben würde, wenn dort, wie hier, dem Kläger die Unterhaltungsfrist allein obliegen sollte.

2) Beruft die Beklagte sich darauf, daß der Kläger auf seiner Seite ein Spalier an dem streitigen Gebäude hat. Dieser Umstand ist aber ganz unerheblich, da auch bei den Scheidewänden, woran zweien Nachbarn ein gemeinschaftliches Eigenthum unstreitig zusteht, jeder von ihnen das Recht hat, die ihm zugekehrte Seite auf eine unschädliche Weise beliebig zu benutzen, ohne dazu der Einwilligung des andern Nachbarn zu bedürfen.

l. 13. § 1. D. de servitut. praed. urb. (8, 2.)

Endlich

3) hat die Beklagte sich auch darauf gestützt, daß die Abdachung der Pfähle und die Bedeckung der Gelindsbretter nach der Seite des Klägers gerichtet ist, und es kann dieser Umstand gewiß nicht als völlig unerheblich bei Seite gesetzt

werden, wenn auch der Tropfenfall von einer so schmalen Fläche an und für sich nur unbedeutend ist. Allein so lange nicht von Sachverständigen wirklich bezeugt worden ist, daß daraus nach Lübischem Gebrauche und zwar unter allen übrigen hier vorhandenen Umständen auf die alleinige Unterhaltungspflicht des Klägers zu schließen sei, kann der Richter die Beklagte von der in der Natur der Sache begründeten und aus andern Gründen sich ergebenden Beitragsverbindlichkeit nicht freisprechen. Denn nirgends findet man eine bestimmte Vorschrift darüber, daß die Abdachung einer Scheidewand in jedem Falle als ein sicheres Merkmal des Eigenthums oder der Unterhaltungspflicht anzusehen sei; vielmehr pflegt dieser Umstand nur dann in Betracht zu kommen, wenn sonst keine Beweise oder Kennzeichen der Gemeinschaft vorhanden sind.

cf. Frankfurter Baustatut v. 1809, cap. 8. § 1. e.

Hieran fehlt es aber im vorliegenden Fall gezeigtermaßen keineswegs. Dazu kommt nun, daß auch der Beklagten wegen der streitigen Gelindstrecke eine besondre Last obliegt, welche von der Art ist, daß sie sich kaum erklären läßt, wenn man ein alleiniges Eigenthum des Klägers an dem Gelinde voraussetzt, nämlich, daß sich in dem untern Theile zwischen dem 8ten und 9ten Pfahl eine Pforte befindet, welche nach dem Hofraum der Beklagten hineinschlägt, daher es wohl möglich ist, daß diese Last der Beklagten durch jene Belästigung des Klägers hat compensirt werden sollen.

Zwar hat nun die Beklagte sich auch noch darauf berufen, daß die streitige Gelindstrecke vormals auf alleinige Kosten des Besitzers des jetzt vom Kläger bewohnten Hauses gebaut worden sei; allein theils ist diese Behauptung vom Kläger nicht eingeräumt, theils kommt es auch allerdings auf die damaligen Verhältnisse an, insofern aus jener Thatsache auf eine obligatio des Klägers zur alleinigen Unterhaltung des streitigen Gelindes geschlossen werden soll; im Uebrigen bleibt es aber der Beklagten unbenommen, ihren Beweis auch auf die hier erwähnte Thatsache mit zu erstrecken.

LXXXXI. (141.)

Bohn contra Bödger.

Die Appellation in Sachen

Bohn contra Bödger,

eine Forderung von 1000 ℔ nebst Zinsen betr., ward mittelst O.-A.-Gerichtlichen Urtheils vom 9. April 1832 „als anhero nicht erwachsen" rejicirt aus folgenden Gründen:

Da im vorliegenden Falle der in Streit befangene Gegenstand außer mehrjährigen Zinsen nicht über 1000 ℔ Capital beträgt, nun aber der im Jahre 1820 publicirte „Nachtrag zur Ger.-Ordn. vom J. 1814 § 14 die Berufung an die dritte Instanz nur in solchen Sachen für statthaft erklärt, welche über 1000 ℔ Capital oder über 50 ℔ jährlicher Einkünfte betragen und dabei noch im § 16 ausdrücklich verordnet, daß Proceßkosten und Zinsen nicht einzurechnen seien, so erscheint die von dem Beklagten an die dritte Instanz ergriffene Berufung als unzulässig. Die von demselben für die Appellabilität der Sache geltend gemachten Gründe können denn auch keineswegs für erheblich erachtet werden. Denn

1) daß in dem Gesetze auf das Wort über kein Gewicht gelegt sein und dessen Meinung nicht dahin gehen sollte, die Berufung an das O.-A.-Gericht bei dem Dasein der schon bedeutenden und im Verkehr häufig vorkommenden Summe von gerade 1000 ℔ zu versagen, das läßt sich nach der klaren Wortfassung des Gesetzes nicht annehmen, und kann diese Wortfassung um so weniger als eine bloß zufällige angesehen werden, da nicht allein die frühern Kaiserlichen privilegia de non appellando für Lübeck, wie die andern privilegia de non appellando die Berufung an die Reichsgerichte nur im Fall des Uebersteigens der bestimmten Summe von resp. 200 fl. Lübisch oder 500 Goldgulden zugelassen haben,

Lüb. Statuten, Ausg. v. 1722, S. 183—5.

Joh. Sam. Stryck, de priv. appell. Lub. § 19. (Diss. jur. Vol. I. p. 280)

sondern, da auch die unmittelbare Quelle des angezogenen § 14 der V. v. 1820, nämlich die

Gerichts-Ordnung v. 1814 § 34

die Revision nur in Sachen über 1000 ℔ Capital oder über 50 ℔ jährlicher Einkünfte gestattet hat. Daß aber da, wo das Gesetz die Zulässigkeit eines Rechtsgeschäfts von dem Vorhandensein einer bestimmten Summe abhängig gemacht hat, auch strenge auf diese Summe zu halten und selbst da, wo nur eine Kleinigkeit daran fehlt, das Geschäft für unzulässig zu erklären ist, das bringt der Zweck solcher Vorschriften, in der Sache eine feste Grenzlinie zu ziehen, mit sich. In dieser Maaße hat denn auch das O.-A.-Gericht bereits in einer frühern Rechtssache, Knauer & Prieß c. Drümmer, mittelst Erkenntnisses vom 28. März 1826 die Vorschrift über die Lübische Appellationssumme zur Anwendung gebracht.

Wenn außerdem

2) der Beklagte sich darauf beruft, daß unter dem im Gesetze gebrauchten Ausdrucke Capital nur Streitgegenstand zu verstehen und daß mithin Zinsen, besonders conventionelle Zinsen, welche mit eingeklagt würden, hinzuzurechnen seien, wie solches auch bei andern Obergerichten Rechtens sei, so wird diese schon an sich bedenkliche Auslegung durch den § 16 der mehrgedachten Lübischen Verordnung, welcher unbedingt und ohne irgend zwischen conventionellen und andern Zinsen zu unterscheiden, bei der Appellationssumme die Einrechnung der Zinsen untersagt, vollständig widerlegt, und kommt es daher auf Dasjenige, was anderswo Rechtens ist, überall nicht an. Uebrigens soll auch nach den Reichsgesetzen die Appellationssumme nur aus dem Hauptstuhl berechnet werden,

s. die Stellen bei Linde v. d. App.-S. im Archiv für civ. Pr. XI. S. 96—9,

und in sehr vielen Proceßordnungen einzelner deutscher Länder ist derselbe Grundsatz, und zwar häufig unter ausdrücklicher Hervorhebung der daraus fließenden Folge, daß keine Zinsen mit anzuschlagen sind, sanctionirt.

vgl. z. B. Decis. Hasso-Cassell. Tom. II. dec. 279. № 2.
Oesterley, Handb. des Hannov. Proc. Th. 2. Abth. 2. S. 237.
Preuß. Ger.-Ordn. tit. 14. § 3.
Badische O.-G.-O. v. 1804. art. 128 u. Nachtrag p. 7.
Bremische Ger.-O. § 9. coll. § 607. litt. a.
Nassauische Proc.-O. v. 1822. § 100.

Sonach war die erhobene Berufung sofort und unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten als unstatthaft zurückzuweisen.

LXXXXII. (142.)

Brettsäger-Aelteste contra Kaltschmidt.

In Sachen der Aeltesten der Brettsäger, Kläger, Appellanten,

wider

Kaltschmidt, Beklagten, Appellaten,

betr. Benutzung einer Holzschneide-Maschine,

hatten die Kläger das ausschließliche Recht zum Sägen von Brettern in Anspruch genommen und waren mit ihrer darauf gegründeten Klage wider den Beklagten, welcher sich einer durch Pferdekraft getriebenen Fournier-Schneide-Maschine auch zum Brettsägen bediente, von der Wette gehört worden, indem letztere dem Beklagten bei Strafe auflegte:

sich aller Eingriffe in die ausschließliche Berechtigung der Brettsäger zu enthalten und den Gebrauch seiner Schneidemaschine lediglich auf das Schneiden des Holzes zu Fournieren zu beschränken.

Das Obergericht legte jedoch auf eingewandte Appellation des Beklagten den Klägern den Beweis auf:

„daß ihnen das Recht zustehe, dem Beklagten das Schneiden föhrener Bretter, wie selbiger solches eingeräumtermaßen durch eine Maschine übe, zu verbieten,"

und dieses Erkenntniß ward vom O.-A.-Gericht am 31. Dec. 1831 unter Vergleichung der Kosten bestätigt.

In den Entscheidungsgründen ist ausgesprochen:

1) daß das Verbietungsrecht der Kläger, wenn es ihnen überall zustehe, auch die durch eine Maschine vermittelte Arbeit des Beklagten treffen würde, da es in der Regel nicht darauf ankomme, in welcher Art und mit welchen Instrumenten gearbeitet werde, sondern auf dasjenige, was vermittelst der Arbeit wirklich zu Stande komme;

2) daß die in höchster Instanz von den Klägern beigebrachten Beweismittel nicht in Betracht zu ziehen, weil es keine Nova seien, an deren Gebrauch in den untern Instanzen sie verhindert gewesen;

3) daß der Besitz einer Rolle und die Haltung einer Morgensprache kein charakteristisches Merkmal einer Handwerkszunft sei;

4) daß aus der Rolle der Kläger vom 5. Jan. 1678 ein Verbietungsrecht derselben höchstens in dem speciellen Verhältniß zu den Zimmerleuten und zu den Außen-Sägern gefolgert werden könne und daß die Wette, von welcher allein jene Rolle bestätigt worden, zur Ertheilung von Privilegien nicht befugt sei;

5) daß die Natur des klägerischen Gewerbes der Annahme ihrer zünftigen Berechtigung entgegenstehe, da dasselbe nicht besonders erlernt zu werden brauche, sondern nur Körperkraft und einige leicht zu erlernende Fertigkeit erfordere.

LXXXXIII. (143.)

Cabel contra Möller.

In Sachen Cabel, Kläger,

contra

Möller, Beklagter, zu Siems,

hatte Kläger eine neue Auftheilung des vor 15 Jahren zwischen ihm und dem Beklagten aufgetheilten Langenmoors verlangt, weil die dabei adhibirten Arbeitsleute seiner Angabe nach instructionswidrig zu Werke gegangen.

Seine Klage ward aber vom Landgericht abgewiesen und dies Erkenntniß in beiden obern Instanzen, und zwar vom O.-A.-Gericht am 30. Jan. 1832 pure bestätigt: weil der Kläger die frühere Theilung selber genehmigt und 15 Jahre lang unangefochten gelassen und seinen etwa dabei zum Grunde liegenden Irrthum — welcher nicht die Substanz, sondern die Güte des Contractgegenstandes, nämlich die Tiefe der Torfschichte in seinem Moorantheil, betroffen, folglich kein Nichtigkeitsgrund sei, l. 9. § 2; l. 10; l. 14. D. de contr. emt. — selber durch mangelhafte Controlle der von ihm mit instruirten und angestellten Arbeiter verschuldet, gegen einen nicht völlig entschuldbaren Irrthum aber als Volljähriger auch keine Restitution zu begehren habe.

§ 33. J. de act.

l. 2. D. de in int. rest.

l. 1 § 17. D. de separation.

l. 15. § 5. D. quod vi aut clam.

LXXXXIV. (144A.)

Dankwertz contra Freſenreuter.

Durch Urtheil vom 30. Octbr. 1831 in Sachen
J. P. Dankwertz et cons. zu Lübeck, Bekl., Appellanten,
contra
F. C. A. J. G. G. Freſenreuter per tut, Kläger,
Appellaten,
Auskehrung eines Erbtheils, jetzt Einlaſſung auf die Klage betr.,
ward das obergerichtliche Erkenntniß vom 23. Decbr. 1830 und das im Weſentlichen darin beſtätigte Niedergerichts-Erkenntniß vom 15. Mai 1830, wornach die Beklagten (drei hieſelbſt wohnhafte Erben des weil. Bürgermeiſters Lembke in Wismar) ſchuldig erkannt waren, ſich auf die in foro domicilii gegen ſie angeſtellte Klage hauptſächlich einzulaſſen, confirmirt.

Entſcheidungsgründe:

Die Beklagten verlangen

I. principaliter die Verweiſung der Klage an den Magiſtrat zu Wismar, und zwar

1) wegen Incompetenz der Lübeckiſchen Gerichte.

Hiebei kann nun der Punkt, daß zu Lübeck, als dem Domicil der Beklagten zur Zeit der angeſtellten Klage, an ſich ein competentes Forum für die angeſtellte petitio hereditatis vorhanden iſt, nach Vorſchrift der Geſetze keinen Zweifel leiden:

l. un. Cod. ubi de hered. ag.

l. 29. § 4. D. de inoff. testam.

und wird auch von den Beklagten nicht beſtritten; dieſelben wollen aber eine Incompetenz der gedachten Gerichte aus drei beſondern Gründen herleiten, nämlich daraus,

a) daß ſich noch einige Erbſchaftsgegenſtände, namentlich Grundſtücke, ungetheilt zu Wismar befänden, worüber die

Beklagten nicht allein disponiren und wovon ſie daher nicht allein dem Kläger ſeine Rate auskehren könnten, weshalb denn in demjenigen foro, welches hinſichtlich aller Erben (der Beklagten und zwei anderer Erben in Wismar) competent ſei — in dem foro hereditatis zu Wismar — geklagt werden müſſe;

b) ferner, daß der Erblaſſer verordnet habe, es ſolle der Magiſtrat zu Wismar das ausſchließliche forum für alle Streitigkeiten über die Erbſchaft ſein;

c) daß in einem zwiſchen den Beklagten und einem frühern Anwalte des Klägers geſchloſſenen Vergleich vom 15. Decbr. 1828 ausgemacht ſei, daß die jetzige Klage bei dem Magiſtrat zu Wismar verhandelt werden ſolle.

Keiner von dieſen Gründen iſt jedoch für erheblich zu achten. Denn, was den erſten Grund betrifft, ſo könnte derſelbe in keinem Falle zu einer Abweiſung der ganzen Klage führen, indem der größte Theil des Nachlaſſes bereits getheilt iſt; überdies aber iſt er auch in Anſehung des ungetheilten Nachlaſſes nicht richtig. Die hier zunächſt angeſtellte Klage iſt nämlich eine hereditatis petitio partiaria gegen anerkannte Miterben und bei dieſer Klage beſteht die Auskehrung des Erbtheils — die restitutio hereditatis — nicht in einer reellen Theilung, welche erſt nach erledigter hered. pet. partiaria durch eine actio familiae herciscundae bewirkt werden muß, ſondern nur in einer Aufnahme in das Miteigenthum und den Mitbeſitz der Erbſchaft zu einer ideellen Rate;

l. 7. D. si pars hered. petatur.

eine ſolche Auskehrung nun aber, wobei gar nicht über die corpora hereditaria verfügt wird, kann durch die drei Beklagten allein, ohne Zuziehung der übrigen (beiden) Miterben geſchehen, indem ſie den Kläger zu $^1/_6$ in ihren ideellen Antheil von $^5/_6$ aufnehmen. Wollte man aber auch hiebei auf die actio familiae herciscundae, welche mit der hered. pet. partiaria ſofort ſucceſſive cumulirt zu ſein ſcheint, gleichfalls Rückſicht nehmen, ſo kann auch die wirkliche Auseinanderſetzung zwiſchen dem Kläger und den Beklagten Statt finden,

ohne daß es dazu einer Disposition über die corpora hereditaria bedarf, nämlich dadurch, daß die ideelle Rate von den $^3/_4$, in deren Besitz sich die Beklagten befinden, von einer der beiden Parteien gegen Abfindung der andern übernommen wird.

Anlangend den zweiten Grund unter b), so ist eine solche Verordnung des Erblassers weder in der Disposition vom 18. Septbr. 1815, noch in dem § 14 des Testaments erfindlich.

Soviel endlich den dritten Grund unter c) anbetrifft, so bedarf es hier keiner Erörterung der Frage, ob jene Uebereinkunft nach der

l. 18. D. de jurisdict.

— einem Gesetze, über dessen Auslegung und heutige Anwendbarkeit sehr verschiedene Meinungen Statt finden, — unverbindlich sei, indem jedenfalls der Umstand entscheidend ist, daß der Anwalt des Klägers zu einer solchen Uebereinkunft nicht legitimirt gewesen, die Zustimmung der klägerischen Vormünder aber ausdrücklich verweigert worden.

Ferner wollen nun zwar die Beklagten ihren Principal-Antrag

2) auch noch auf eine Litispendenz bei dem Magistrate zu Wismar gründen. Aber theils ist diese Einrede präcludirt, theils ist dieselbe ungegründet, denn es ist weder durch die Einreichung der Vergleichsanzeige vom 15. Decbr. 1828 bei dem Magistrate zu Wismar eine Litispendenz hinsichtlich des petitorii bewirkt worden, da zu der letztern die wirkliche Anstellung der Klage und die darauf erfolgte Citation des Beklagten erfordert wird,

c. 19. X. de foro compet.

während hier ein bloßer eventueller Vorbehalt wegen einer anzustellenden Klage vorliegt, noch kommt in dem gegenwärtigen Falle der Grundsatz zur Anwendung, daß das petitorium vor denselben Richter gehört, vor welchem das possessorium verhandelt worden ist,

l. 10. C. de judic.

l. 13. C. de rei vind.

c. 1. X. de causa poss. et propr.

indem hiebei vorausgesetzt wird, daß der vorige Richter in possessorio erkannt habe, hier aber das possessorium aufgegeben, mithin als nicht angestellt zu betrachten ist.

II. Eventualiter verlangen die Beklagten, die Klage solle wegen unzulässiger cumulatio subjectiva angebrachtermaßen abgewiesen werden.

Hiebei bestreiten sie nun nicht, daß unter ihnen ein litis consortium Statt finde, welcher Umstand auch keinen Zweifel leidet, da die hereditas ein juristisches Ganzes ist und daher bei der petitio hereditatis der Klaggrund gegen jeden einzelnen Besitzer von Theilen der Erbschaft in der Zuständigkeit der ganzen hereditas oder einer pars quota derselben besteht;

l. 10. § 1. D. de petit. hered.

l. 1. § 1. D. si pars hered.

sie stellen jedoch die Behauptung auf, daß in dem Falle, wenn nicht die sämmtlichen Litis-Consorten, sondern nur einige derselben ein gemeinschaftliches forum hätten, nicht gegen diese letztern Litisconsorten zusammen, sondern nur gegen einen jeden von ihnen einzeln geklagt werden könne. Diese Behauptung hat aber weder in den Gesetzen, noch in der Natur der Sache, noch in der Praxis den geringsten Grund und daher bedarf es darüber keiner nähern Erörterung.

LXXXXV. (145.)

Drechsler-Amt c. Krämer Thors.

In Sachen des Amts der Drechsler, Kläger, Appellanten,
wider
den Krämer Thors, Beklagten, Appellaten,
wegen Verkaufs von Drechslerarbeit,
worin die vorigen Instanzen den Klägern bessern Beweis des von ihnen behaupteten ausschließlichen Rechts zum Verkauf von Drechslerarbeit auferlegt hatten, ward die obergerichtliche Sentenz vom 18. Novbr. 1830

mittelst O.-A.-Gerichtlichen Erkenntnisses vom 27. Octbr. 1831 unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Die Kläger achten sich durch das angefochtene Erkenntniß in zweifacher Hinsicht beschwert, und zwar

I. principaliter dadurch, daß überhaupt auf bessern Beweis erkannt,

II. event. dadurch, daß nicht wenigstens dem Beklagten der Verkauf von Drechsler-Arbeit untersagt worden, falls nicht etwa er nachzuweisen vermögte, daß ausnahmsweise die Krämer berechtigt seien, dieselbe feil zu haben.

Beide Beschwerden sind aber gänzlich unbegründet. Die Kläger stützen

ad I. ihr Verbietungsrecht einzig und allein auf den antecipando benutzten art. XVI. ihrer Amtsrolle, angeblich aus dem Jahre 1507, welcher nach der übereinstimmenden Angabe beider Theile so lautet:

„Item, so mogen de Meisters offte dat Ampt vorbidden „alle datjenne, dat se int Ampt maken können, uthjenamen „den Schechtschnidern, datt de Dreier dattsulve mogen ko„pen und verkopen."

Der Sinn dieser Bestimmung ist nun aber keineswegs so klar und über allen Zweifel erhaben, daß sich daraus bereits das gedachte Verbietungsrecht in dem von den Klägern behaupteten Umfange entnehmen ließe, und folglich ist mit Recht annoch auf eine förmliche geregelte Beweisführung unter Mitbenutzung des bereits Beigebrachten erkannt worden.

Zwar hat es keinen Anstand, daß dem klägerischen Amte durch den gedachten Artikel der Rolle wirklich ein Verbietungsrecht in Ansehung der Drechsler-Arbeiten ist ertheilt worden. Allein es ist in den Entscheidungsgründen zu den vorigen Erkenntnissen mit Recht bemerkt, daß ein solches Verbietungsrecht als Ausnahme von der Regel streng zu interpretiren und daß es namentlich im Zweifel nur als gegen Nicht-Kaufleute gerichtet zu betrachten sei. Die Kläger haben

auch die Richtigkeit dieser Grundsätze an sich eigentlich nicht bestritten; sie meinen aber, daß der art. XVI. schon einen genügenden Beweis des weitern Umfangs ihres, mit Ausnahme der Schachtschneider gegen alle und jede Personen gerichteten Verbietungsrechts enthalte.

Zur Unterstützung ihrer Behauptung berufen sie sich:

1) auf die ganz generelle Wortfassung des Artikels im Eingange desselben;
2) auf den in den Schlußworten desselben angedeuteten Zweck des ertheilten Verbietungsrechts, und
3) auf die in demselben enthaltene einzige Ausnahme zu Gunsten der Schachtschneider.

Allein wenn gleich

ad 1. den Klägern in dem Artikel ganz allgemein eingeräumt wird, alle Drechsler-Arbeit zu „verbieten," und wenn es gleich ein richtiger Grundsatz ist, daß verba generalia auch bei Privilegien im Allgemeinen und in einem so umfassenden Sinn verstanden werden müssen, daß dem Begünstigten die ihm zugedachte Rechtswohlthat in ihrem ganzen Umfange zu Theil wird, so müssen doch solche allgemeine Ausdrücke immer nach den besondern Verhältnissen interpretirt und ihnen derjenige Sinn beigelegt werden, welcher unter diesen Verhältnissen gewöhnlich damit verknüpft wird, insofern nicht die Absicht des Verleihenden, das Privilegium in einem weitern Sinne oder Umfange ertheilen zu wollen, aus dem Privilegium selbst oder anderweitig klar ist. Nun ist aber der angezogene Artikel unstreitig sehr unbestimmt, indem er keineswegs deutlich angibt, in welcher Hinsicht die Kläger dasjenige, was sie selbst verfertigen können, auch zu verbieten berechtigt sein sollen, ob sich dieses Verbietungsrecht auf das ausschließliche Recht der Verfertigung beschränken oder ob es sich auch auf die Befugniß, den Verkauf zu untersagen, erstrecken solle, und würde im Zweifel nach allgemeinen Grundsätzen des Handwerksrechts nur das Erstere angenommen werden können.

Es läßt sich den Klägern aber auch

ad 2) darin nicht beipflichten, daß diese Zweifel über den Umfang und die Richtung des Privilegiums durch die Schlußworte des Artikels: „datt de Dreier datsulve mogen kopen und verkopen" beseitigt würden und daß der Artikel dadurch eine hinreichende Deutlichkeit und Bestimmtheit erhalte. Einmal nämlich unterliegt schon die grammatische Interpretation dieser Worte manchem Bedenken, indem es ungewiß bleibt, was mit dem Ausdruck „datsulve" gemeint sei; ob damit habe gesagt werden sollen, daß vermöge des Verbietungsrechts den Drechslern ausschließlich zustehen solle, „datsulve" d. h. solches, oder die Arbeiten, die sie selbst im Amte machen können, zu kaufen und zu verkaufen, oder ob es heißen solle, daß, so wie die Schachtschneider von dem Privilegio der Drechsler nicht getroffen würden, ebenso auch diesen freistehen solle, „datsulve" d. h. das Gleiche, das Nämliche, Dasselbe zu kaufen und zu verkaufen, was den eigentlichen Geschäftsbetrieb der Schachtschneider ausmacht. Und wenn man auch der ersten Interpretation den Vorzug einräumen will, so erregt wieder der Umstand Bedenken, daß der Artikel in diesem Sinne seiner Wortfassung nach zu viel, nämlich mehr beweisen würde, als was die Kläger, wenigstens laut der Acten, in Anspruch nehmen, indem ihnen nicht bloß das Recht ertheilt wird, Drechsler-Arbeit zu verkaufen, also ihr eignes Fabrikat, mit Ausschluß aller fremden Arbeit, abzusetzen, sondern auch dieselbe zu kaufen, also mit auswärts verfertigter Drechsler-Arbeit zu handeln.

Fürs Andre aber ließe sich, da der Zweck jedes Zunftbetriebes in dem Absatze der Arbeiten besteht, selbst mit dem angedeuteten Zwecke noch immer eine Beschränkung des Privilegiums auf den bloßen Zunftzwang vereinigen, unter welcher Voraussetzung natürlich von einem Verbietungsrechte in Ansehung des Verkaufs von Drechsler-Arbeiten gar nicht die Rede sein könnte. Will man aber auch unbedenklich weiter gehen und das Privilegium nicht bloß vom Zunftzwange, sondern auch vom Handwerkskram verstehen, so würde doch dadurch schon nach den von der Wette aufgestellten Grundsätzen

und da dieses Verkaufsrecht gar nicht als ein ausschließliches bezeichnet wird, die Concurrenz der Mitglieder der Krämer-Compagnie, als überhaupt zum Kleinhandel berechtigt, keineswegs ausgeschlossen.

Freilich haben sich nun die Kläger zur Beseitigung dieses Anstandes insbesondere noch darauf berufen, daß in dem Artikel einzig zu Gunsten der Schachtschneider eine Ausnahme gemacht sei, und sie haben in der gegenwärtigen Instanz die Ausfertigung einer Schachtschneider-Verlehnung vom Jahre 1795 beigebracht, aus welcher erhellt, daß diese Verlehnung die Befugniß ertheilt, „mit Schaufeln, Molden, Kiepen, Löffeln, Schleven u. s. w. zu handeln," und folgern die Kläger hieraus, daß, da die Regel nicht in einem engern Sinne verstanden werden dürfe, als die Ausnahme, das Verbietungsrecht der Drechsler sich ebenfalls nicht nur auf den Handel mit Drechsler-Arbeiten erstrecke, sondern auch anderen zum Handel berechtigten Personen gegenüber Geltung habe. Allein auch dagegen läßt sich fürs Erste erinnern, daß das beigebrachte Document, auf welches sich der Beklagte ohne Widerrede eingelassen hat, keineswegs einen genügenden Aufschluß über die Verhältnisse jener Verlehnten gibt, namentlich nicht darüber, welche Rechte denselben zur Zeit der Anfertigung der Amtsrolle mögen zugestanden haben, worauf es doch einzig und allein und um so mehr ankommt, da man, auf den Namen der Verlehnung gesehen, annehmen möchte, daß das Gewerbe dieser Verlehnten ursprünglich vielmehr in der Verfertigung als in dem An- und Verkauf der gedachten Waaren bestanden habe und da sich notorisch die Verhältnisse mancher Gewerbe und Verlehnungen im Verlaufe von Jahrhunderten gar sehr verändert haben. Fürs Andre aber bleibt es auch noch sehr problematisch, ob sich von demjenigen, was eine Amtsrolle in Ansehung einer einzelnen Verlehnung oder in Ansehung eines einzelnen Gewerkes, vielleicht gar mit beziehungsweiser, concurrenter Arbeitsbefugniß bestimmt, auch auf die Mitglieder anderer und zwar solcher Corporationen und Collegien ein sicherer Schluß ziehen lasse, welchen ihrer Bestim-

mung nach gerade eine dem Verbietungsrechte der Kläger entgegengesetzte Sphäre angewiesen ist. Und da endlich überdies die von dem Beklagten vertheidigte beschränktere Auslegung des Artikels die Usual-Interpretation für sich zu haben scheint, indem es in der Notorietät beruht, daß eine große Menge von Krämern seit vielen Jahren mit manchen Drechsler-Arbeiten ungehindert Handel treibt, so kann aus allen diesen Gründen der von den vorigen Richtern verlangte bessere Beweis eines den Klägern auch gegen Mitglieder der Krämer-Compagnie beiwohnenden Verbietungsrechts keineswegs für überflüssig angesehen werden.

Anlangend zunächst die, die

ad II. Beweislast betreffende eventuelle Beschwerde der Kläger, so versteht es sich von selbst, daß sie die Beweislast nicht bloß als Kläger, sondern, daß sie dieselbe auch um so mehr übernehmen müssen, da sie ihren Anspruch in einem mit der natürlichen Freiheit überhaupt und mit der anerkannten Handelsbefugniß des Beklagten insbesondere streitenden Verbietungsrechte gründen. Auch haben sie ihre desfallsige Verbindlichkeit mit dürren Worten selber anerkannt. Es sind aber auch die Argumente, wodurch sie die Beweislast glauben auf den Beklagten wälzen zu können, von gar keinem Gewichte. Sie meinen nämlich, es lasse sich

1) in Lübeck, wo von jeher die Handelsfreiheit durch eine Unzahl von Ausnahmen beschränkt gewesen, gar nicht von einer allgemeinen Handelsfreiheit reden und folglich müsse, wer sich auf ein Recht zum Handel mit bestimmten Gegenständen gründe, die Berechtigung dazu nachweisen, und

2) es sei von ihnen wenigstens so viel erwiesen, daß es nur noch auf den vom Beklagten zu erbringenden Beweis der Ausnahmeberechtigung ankommen könne.

Allein, wenn gleich

ad I. in Lübeck in soweit eine Beschränkung der natürlichen Handelsfreiheit Statt findet, als, wer einen Handel betreiben will, einer commercirenden Zunft angehören muß, so erwächst doch daraus nur den Mitgliedern der commercirenden

Zünfte ein Verbietungsrecht gegen Diejenigen, welche Handel treiben, ohne einer solchen Zunft anzugehören, nicht aber dritten Personen, zu denen insoweit auch die Handwerker zu rechnen sind. Diesen gegenüber braucht nicht der Einzelne, welcher einen Handel betreibt, seine desfallsige Berechtigung zu erweisen, sondern er kann von der klagenden Zunft den Beweis des behaupteten Verbietungsrechts erwarten.

Anlangend aber

ad 2) das Resultat der bisherigen Beweisführung, so kann der Beweis nicht soweit für erbracht angesehen werden, daß nur noch dem Beklagten der Gegenbeweis oder der Beweis einer Ausnahms-Berechtigung nachzulassen wäre. Ueberhaupt aber befindet sich der Beklagte als Mitglied eines zum Handel im Allgemeinen berechtigten Collegii in der Regel und nicht in der Ausnahme, folglich braucht er nicht den Beweis der Ausnahms-Berechtigung zu übernehmen.

LXXXVI. (146 A.)

Procurator Fisci c. J. J. Schulz.

In Sachen des **Procurator Fisci** (Finanzdepartement), Implorantens,

contra

J. J. Schulz, Imploraten,

die Beeinträchtigung eines öffentlichen Weges betr., hatte Ersterer das **interdictum, ne quid in loco publico fiat,** angestellt, weil der Implorat, als Besitzer eines Gartens vor dem Holstenthor, auf dessen Areal früher die evangelisch-reformirte Kirche gestanden, den dahin und zu mehrern andern Gärten führenden, zum Theil gepflasterten, Weg als sein vermeintliches Privateigenthum mittelst zweier Pfähle abgesperrt hatte.

Das Landgericht erkannte unterm 30. Juli 1830 für Recht:

„daß Implorat **cum expensis** schuldig sei, die in den frag-

lichen Weg gesetzten Pfähle innerhalb 3 Tagen wegzunehmen, auch fernerhin jeder Anlage in dem Wege, soweit, als derselbe bisher sich erstrecket, und jeder Störung des öffentlichen Gebrauchs desselben bei Vermeidung willkürlicher Strafe sich zu enthalten, er könnte und würde denn, reprob. salva, wie Recht erweisen:

„daß zur Zeit des zwischen ihm und der reformirten Gemeinde darüber geschlossenen Contracts der Letztern privative Eigenthums- und Dispositions-Rechte am Grund und Boden des fraglichen Weges zugestanden haben,"

und

„daß solche Rechte am Grund und Boden von der Gemeinde auf ihn übertragen seien."

Auf Appellation des Imploraten ward dies Erkenntniß vom Obergericht am 17. Febr. 1831 wiederum aufgehoben und

„Implorat von der wider ihn erhobenen Klage, unter Verurtheilung des Imploranten in die Kosten erster Instanz, entbunden, Implorant könnte und wollte denn Eigenschaft und Benützung der von ihm für das Gemeinwesen in Anspruch genommenen Wegestrecke, als eines öffentlichen Weges, darthun, comp. exp. zweiter Instanz."

Das O.-A.-Gericht stellte jedoch durch Urtheil vom 6. April 1832 unter Aufhebung der obergerichtlichen Entscheidung und Compensation der Kosten das landgerichtliche Erkenntniß wieder her.

Entscheidungsgründe.

Der Implorant hat in der gegenwärtigen Instanz die von ihm erhobene Klage für das interdictum ne quid in via publica fiat anerkannt und hängt mithin die Entscheidung der Sache von der Beantwortung der Frage ab, ob dieses Interdict hier für begründet anzunehmen sei. Es bestehen aber die Requisite desselben darin, daß Jemand in einem öffentlichen Wege eine Anlage gemacht oder eine Veränderung vorgenommen hat, wodurch der freie Gebrauch desselben gehindert

wird, in welchem Falle Jeder aus dem Volke auf Wegräumung des Hindernisses oder der neuen Anlage zu klagen berechtigt ist.

l. 2. pr. § 2. 5. 20. 35. D. ne quid in loco publ. (43, 8.)
l. 1. D. de loc. et itin. publ. (43, 7.)

Nun ist nicht bloß durch die Besichtigung dargethan, sondern auch von dem Imploraten eingestanden worden, daß er durch zwei eingeschlagene Pfähle den streitigen Weg gesperrt hat, und seine Absicht ist dabei auf eine gänzliche Aufhebung desselben gerichtet, indem er die bisherige Wegefläche mit seinem privativen Eigenthum zu verbinden beabsichtigt. Es ist ferner der Fiscus nicht minder, wie jeder privatus zur Anstellung der fraglichen Popularklage berechtigt, ohne daß es dabei auf die Nachweisung eines speciellen Interesse oder gar einer bestimmten Wegegerechtigkeit ankäme, insofern nur der Weg qu. ein öffentlicher ist, und folglich kommt es bloß darauf an, ob diese Qualität dem hier in Frage stehenden Wege beizulegen sei, oder nicht?

Diese Frage muß nun aber bejaht werden, weil der fragliche Weg ein Theil, nämlich das letzte Ende oder die Fortsetzung eines von einer Landstraße ab nach einzelnen Höfen oder Gärten führenden Weges ist, von welchen Arten von Wegen

l. 2. § 23. D. de quid in loco publ. (43, 8.)

ausdrücklich sagt: „has ergo, quae post consularem excipiunt in villas vel in alias colonias ducentes, putem etiam ipsas publicas esse."

Auch bestreitet der Implorat es in der That nicht, daß der übrige Theil des Weges, soweit er durch den sogenannten Brink und nach den Gärten und Wohnungen seiner Nachbarn führt, ein öffentlicher Weg sei, und könnte der von ihm angeführte Umstand, daß die reformirte Gemeinde auch diesen Theil des Weges gepflastert und in den jetzigen Stand gesetzt habe, demselben die Qualität eines öffentlichen Weges auf keinen Fall entziehen.

Die Gründe, welche der Implorat gegen die Qualität

des Weges als einer via publica geltend macht, sind sämmtlich unerheblich. Wenn er zuvörderst

1) die Behauptung aufstellt, daß nur diejenige via eine publica sei, cujus etiam solum publicum est und das dahin umschreibt: „öffentliche Wege seien solche, welche auf öffentlichem Grund und Boden lägen," so ist das freilich richtig; indeß bedarf es eines Beweises dieser Qualität nicht, weil dieselbe schon aus der eben erwähnten, durch l. 2 § 23. begründeten Präsumtion folgt und weil selbst solche Wege, welche ursprünglich Privateigenthum waren, nach demjenigen, was weiter unten ad 4) vorkommen wird, in das Eigenthum des Staats übergehen und viae publicae werden können.

Ebenso unerheblich ist

2) der Umstand, daß der Weg von jeher zu Nichts weiter, als zu den Häusern des Corduanbereiters Hoyer, später zu der reformirten Kirche, geführt hat, weil

l. 2. § 22. D. eod.

ausdrücklich auch des in villam, also zu einer einzelnen Wohnung führenden Weges als eines solchen gedenkt, der unter die publicas zu rechnen sei.

Es kann ferner

3) auch darauf kein Gewicht gelegt werden, daß der Weg bloß einen Zugang zu einem Gebäude bildet, ohne weiter einen Ausgang zu haben, indem das Gesetz, welches die in villas vel alias colonias führenden Wege für vias publicas erklärt, gar nicht daneben erfordert, daß sie auch nach einer andern Richtung einen Ausgang haben müßten, und weil im Gegentheil in Tit. D. de locis et itin. publ. ausdrücklich gesagt wird, daß es auch vias vicinales gebe, „quae sine exitu intermoriuntur,"

l. 3. § 1. D.

und welche doch nach dem principio eben dieses Gesetzes viae publicae sein können, wie es denn auch notorisch gar manche öffentliche Wege dieser Art gibt.

Dahingegen ist freilich

4) der Einwand des Imploraten, daß seine auctores

selbst den Weg von ihrem Privateigenthum abgenommen, und ihn auf ihrem eigenthümlichen Grund und Boden angelegt, gepflastert und unterhalten haben, an sich nicht irrelevant, und läßt er sich auch durch Berufung auf die possessorische Natur des Interdicts oder das bei demselben eintretende summarische Verfahren nicht beseitigen. Denn die oben allegirte

l. 2 § 22 D. 43, 8.

zählt die vias vicinales nur dann zu den viis publicis: „si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est" und erklärt mithin einen von einem Privat-Grundstücke abgelegten Weg für eine via privata.

Was aber die processualische Statthaftigkeit des Einwandes betrifft, so ist einestheils das interdictum ne quid in loco publ. fiat keine possessorische, sondern eine petitorische Klage, indem res publicae, als res extra commercium, nur Gegenstände des Gebrauchs, nicht aber des Besitzes sein können.

l. 1 § 22 D. de acquir. vel amitt. poss. 41, 2.

v. Savigny, Lehre vom Besitz § 9 (4te Ausg.)

und kann mithin bei demselben von einer Unstatthaftigkeit petitorischer Einwendungen und von einer Trennung des petitorii vom possessorio gar nicht die Rede sein, nicht zu gedenken, daß sich auch der Implorant die in das petitorium eingreifende Beweisauflage des Landgerichts hat gefallen lassen; und anderntheils ist weder die Voraussetzung, daß das Verfahren bei einem angestellten Interdicte summarischer sei, als bei den eigentlichen actionibus, in den Rechten begründet,

v. Savigny a. a. O. § 34 a. E.,

noch steht die Natur des summarischen Verfahrens dem Gebrauch von Einwendungen, welche bloß die rechtlichen oder thatsächlichen Voraussetzungen der Klage bestreiten und angeben, wie es sich damit anders verhalte, irgend entgegen.

Indeß beseitigt sich dieser Einwand aus einem andern Gesichtspunkte, so daß es auch eines nähern Eingehens in den factischen Grund desselben nicht bedarf. Wenn nämlich eine via vicinalis in sofern allerdings für eine via privata zu achten ist, als sie ursprünglich von einem Privatgrundstücke

abgelegt worden, so leidet doch diese Regel dann eine Ausnahme, wenn ein solcher Weg bereits über Menschengedenken existirt, indem er dann nicht minder den viis publicis beigezählt wird. l. 3 pr. D. 43, 7.

Dieses Verhältniß trifft aber bei dem fraglichen Wege zu, wie schon jetzt aus den Acten constirt. So viel nämlich gerade den Theil des Weges anbetrifft, wo der Implorat jetzt die Pfähle eingeschlagen hat, so bestand dieser höchst wahrscheinlich sogar schon früher, ehe noch die reformirte Gemeinde das Grundstück erworben hat, indem der Implorat anführt, daß das Hoyer'sche Haus vor dessen Verlegung an die Stelle, wo nachmals die Kirche stand, quer vor dem jetzt streitigen Wege, und zwar da gelegen habe, wo jetzt das Pflaster aufhöre, also etwa 30 Fuß von der Stelle entfernt, wo die Pfähle eingeschlagen sind.

Da nun immer ein Weg erforderlich war, um zu dem gedachten Hause zu gelangen, so läßt sich an der frühern Existenz nicht zweifeln. Jedenfalls indeß ist er schon seit 1693, wo die reformirte Gemeinde das Haus erstanden und zu ihrem Gottesdienste eingerichtet hat, also seit 136 Jahren vorhanden gewesen, und ist dabei der Umstand irrelevant, daß sich aus urkundlichen Nachrichten der Anfangspunkt dieses Zustandes, nämlich das Jahr 1693, bestimmt nachweisen läßt, indem es bei dem Gegenbeweise eines unvordenklichen Zustandes nur darauf ankommt, daß innerhalb Menschengedenken ein contrarium Statt gefunden habe, nicht aber zu demselben genügt, daß der Anfang jenes Zustandes in noch entferuterer Zeit dargethan wird.

l. 28 D. de probat. (22, 3).

Thibaut, über Besitz und Verjährung, II. § 82.

Pfeiffer, pract. Ausführungen. Bd. II. № 1.

Aber auch der hintere Theil des Weges, von da an, wo das Pflaster aufhört, bis an die Grenzscheide des Schützenhofes, muß als schon über Menschengedenken existirend angenommen werden. Denn, wenngleich der Implorat anführt, daß dieser Theil erst nach dem Neubau des Hoyer'schen Hauses

und erst nach dessen Verlegung an die Stelle, wo nachmals die Kirche gestanden hat, zum Umwenden der Wagen eingerichtet sei, nach dem Zeugnisse von

Becker, Geschichte der Stadt Lübeck. Bd. III. S. 245.

aber diese Verlegung erst im Jahre 1736 Statt gefunden hat, und wenn man auch, was von nicht länger als 93 Jahren geschehen, noch nicht als ultra hominum memoriam existirend ansehen mögte, so ist doch von dem Imploraten nicht geläugnet, daß nicht auch schon früher ein Weg daselbst existirt habe, sondern seine Behauptung geht nur dahin, daß durch die Verlegung des Hauses Raum gewonnen sei, um mit Wagen umwenden zu können, und zeigt vielmehr der von dem Imploranten in gegenwärtiger Instanz producirte extractus protocolli Cassae d. d. 3 Mart. 1721, daß schon in jenem Jahre die Stadtcasse mit dem Schützenhofe einen Vertrag geschlossen hat, wornach der Erstern die Abfahrt des auf dem Reth- oder Schweine-Teiche gewonnenen Heu's über das an den fraglichen Platz grenzende Land des Schützenhofes nach dem gedachten Platze hin gestattet worden ist, wodurch dem Fiscus zwar keine Wegegerechtigkeit erworben werden konnte, die Existenz eines Weges daselbst zu jener Zeit aber allerdings beurkundet wird, indem ohne einen solchen Weg der ganze Vertrag widersinnig gewesen sein würde. Damit stimmt denn auch die Angabe des beeidigten Medebürgers Fischer überein, daß sich vor 1806 eine Pforte in der den Platz oder Weg von dem Schützenhofe trennenden Planke befunden habe, und es kann dagegen der Umstand, daß der Fiscus seit dem Jahre 1806 keinen Gebrauch von dem Wege zu dem gedachten Zweck gemacht hat, Nichts releviren, weil bekanntlich das Recht auf Benutzung eines öffentlichen Platzes oder Weges nicht verloren wird.

l. 2 D. de via publ. et itin. publ. ref. (43, 11).

Auch hat es keinen Anstand, sich auf die erwähnte, erst in der jetzigen Instanz beigebrachte Urkunde (auf welche, da sie lange vor Publication der definitiven Gerichtsordnung producirt worden, der § 132 derselben nicht anzuwenden ist)

zu beziehen, da der Implorat sich auf dieselbe ohne Widerspruch eingelassen hat, und es nach gemeinem Recht völlig statthaft ist, novas probationes in der höhern Instanz beizubringen. Demnach liegt die Sache so, daß, wenn auch der Weg qu. ursprünglich von den Hoyer'schen Grundstücken abgenommen sein sollte, dennoch derselbe, als bereits ultra hominum memoriam existirend, für eine via publica im gesetzlichen Sinne des Worts geachtet werden muß, auf welche das angestellte Interdict allerdings Anwendung leidet.

Unter diesen Umständen kann es denn füglich dahin gestellt bleiben, ob und in wieweit der Weg auch vermöge des dem Publicum gestatteten freien und allgemeinen Gebrauchs desselben, in welchem das characteristische Merkmal des locus publicus besteht,

l. 1 D. 43, 7. l. 2 § 5 D. 43, 8. l. 6 pr. D. 18, 1. Brissonius de Verb. Signif. s. v. publicus,

und welcher sich, wie das Dasein der Struck'schen Pforte und dasjenige ergibt, was so eben über das Abfahren des Heu's vom Rethteiche angeführt worden ist, keineswegs einzig und allein auf die Benutzung des Weges als Kirchenweg beschränkt zu haben scheint, für eine via publica, wenigstens bis zum Gegenbeweise — zu dessen Führung dem Imploraten die Gelegenheit offen gelassen worden ist — zu achten sein dürfte, da der angeführte erste Grund auf jeden Fall die Frage entscheidet.

Zufolge der bisherigen Entwickelung würde nun freilich der Implorat — da er nicht behauptet hat, daß der Weg qu. erst intra hominum memoriam von einem Privat-Grundstück abgelegt sei — eigentlich sofort und ohne weitere Nachlassung eines Beweises zur Wegnahme der Pfähle zu verurtheilen gewesen sein. Da jedoch der Implorant sich die vom Landgerichte gemachte Beweis-Auflage hat gefallen lassen, mithin das Landgerichts-Erkenntniß gegen ihn rechtskräftig geworden ist, und er auch in gegenwärtiger Instanz principaliter auf reine Wiederherstellung desselben anträgt, so war es bei derselben zwar zu belassen, es konnte jedoch dem Antrage des Imploraten auf sachgemäßere Bestimmung des Beweissatzes keine Statt gegeben werden.

(146 B.)

Der demnächst von dem Imploraten geführte Beweis ward in den untern Instanzen für verfehlt erachtet und das desfallsige ober- und landgerichtliche Erkenntniß unterm 20. Oct. 1834 vom O.-A.-Gericht bestätigt, auch das in 3ter Instanz vom Imploraten vorgebrachte novum (obgleich an sich nicht unstatthaft) als unerheblich verworfen.

LXXXXVII. (147.)

Larsen contra D. G. Witte.

In Sachen des Schiffers Larsen, Klägers, Appellanten,
wider
D. G. Witte, Beklagten, Appellaten,
Forderung aus einem Frachtcontracte betr.,

hatte Beklagter am 18. Decbr. 1828 das vom Kläger geführte Schiff „Betty" gechartert, um eine Ladung Südfrüchte nach Reval zu überbringen.

Kläger segelte am 31. Decbr. f. J. mit seiner Ladung von Travemünde ab, gelangte aber nicht weiter als bis Gothland, und war Eises und Unwetters halber genöthigt, am 14. Januar 1829 nach Travemünde als Nothhafen zurückzukehren, woselbst er am 15. Jan. eingeeist ward. Das Schiff hatte sich in Folge eines Stoßes auf den Grund fast in allen Nathen begeben und schien des Dichtens bedürftig, die Ladung aber war, weil die Witterung kein regelmäßiges Lüften erlaubte, zum Theil erhitzt und dem Verderb ausgesetzt. Nachdem der Beklagte, von welchem die Connossemente über die Ladung bereits nach Reval abgesandt waren, als bloßer Spediteur die Theilnahme an den zur Conservation der Ladung etwa nöthigen Maßregeln abgelehnt und dem Kläger die Wahrnehmung des Erforderlichen anheimgegeben hatte, wurde mit obrigkeitlicher Bewilligung die Ladung am 31. Januar gelöscht, und auf Antrag des Klägers zwar

nicht, wie dieser wollte, der sportige Verkauf der ganzen Ladung, sondern erst eine Sortirung und Umpackung derselben vom Niedergericht decretirt, und als die desfallsigen Kosten sich auf 1672 ℔ 2 ß belaufen hatten, der öffentliche Verkauf sämmtlicher Früchte in Lübeck vorgenommen, welcher einen Brutto-Ertrag von nicht mehr als 1481 ℔ 14 ß lieferte.

Mittlerweile hatte Kläger den Beklagten auf Zahlung der Fracht, Ersatz der Lagerungs-, Conservations-Kosten, Rückgabe der Connossemente und Zahlung von Havariegeldern gerichtlich in Anspruch genommen, und wurde vom Niedergerichte am 5. Septbr. 1829 erkannt:

1) daß Beklagter die Fracht für die hieselbst versteigerten Früchte salva liqu. binnen 3 Sonnenscheinen zu bezahlen;
2) was den Ersatz der ungedeckt gebliebenen Lagerungs-, Conservirungs-, Transports-, Auctions- und Proceßkosten in provisorio, so wie die verlangte Rückgabe der Connossemente betreffe, Kläger zuvörderst noch zu erweisen schuldig:
   „daß Beklagter wirklicher Eigenthümer der Früchte gewesen, das Eigenthum auch zur Zeit der Verwendung jener Kosten noch nicht auf dritte Personen übertragen habe, daß er sich noch im Besitz der jene Früchte betreffenden Connossemente befinde;"
3) daß Kläger mit dem Antrage auf Zahlung etwaniger Havariegelder zur Zeit gänzlich abzuweisen;
4) die Proceßkosten zu compensiren.

Dies Erkenntniß ward vom Obergericht am 22. Juli 1830 pure confirmirt, vom O.-A.-Gericht jedoch unterm 22. Decbr. 1831 zwar im Uebrigen ebenfalls bestätigt:

in Betreff der Frachtforderung aber aufgehoben, und Kläger mit solcher Forderung ab- und zur Ruhe verwiesen, unter Vergleichung sämmtlicher Kosten.

Entscheidungsgründe.

Die von beiden Theilen gegen das confirmatorische Erkenntniß des Obergerichts ergriffenen Berufungen haben, außer dem Kostenpunkte, theils den durch den Verkauf der Früchte nicht gedeckten Rest der Conservationskosten, theils die Fracht für die verdorbenen und für die zwar conservirten, aber demnächst veräußerten Früchte, theils die Zurückgabe der Verbürgung der hiefür gezeichneten Connossemente, theils endlich den dem Beklagten abgeforderten Beitrag zur Havarie grosse zum Gegenstande.

I. In der ersteren Hinsicht kommt es bei dem gegenwärtigen Rechtsstreit wider den Beklagten nur darauf an, ob der Kläger von diesem den Ersatz der auf die Erhaltung der verschifften Früchte in Travemünde verwandten und der damit zusammenhängenden Kosten, soweit solche durch den spätern Verkauf nicht gedeckt worden, begehren kann? Es war aber diese Frage mit den vorigen Gerichten zu verneinen.

Man kann nämlich den Anspruch des Klägers nur entweder aus einer negotiorum gestio für den Beklagten oder aus dem Frachtcontract ableiten. In beiden Beziehungen aber erscheint er als verwerflich, und zwar:

1) aus dem Gesichtspunkt einer negotiorum gestio um deshalb, weil der Beklagte selbst gegenwärtig und selbst im Stande war, die zur Erhaltung der Früchte erforderlichen Maßregeln zu ergreifen, wenn er solches seinem Interesse angemessen fand, und weil der Beklagte sogar dem Kläger auf dessen Aufforderung, sich der Früchte anzunehmen, wiederholt erklärt hat, daß er bloßer Spediteur der Güter und die Connossemente bereits nach Rußland übersandt seien, und er es daher dem Schiffer lediglich überlassen müsse, dasjenige, was er für das Beste der Ladung erforderlich halte, vorzunehmen, in Uebereinstimmung womit der Beklagte sich auch demnächst bei allen von dem Kläger ergriffenen Maßregeln, als Dingen, welche ihn, den Spediteur, überall nicht interessirten, durchaus passiv verhalten hat. Hierin liegt nun offenbar Zweierlei, theils nämlich die Erklärung des Beklagten, für

seine Person bei der Erhaltung der Früchte nicht betheiligt zu sein, theils die, darin nur Maßregeln zum Besten der Ladungsinteressenten zu finden. Nun aber kann aus einer Geschäftsführung gegen den kein Recht erworben werden, welcher selbst erklärt hat, bei der Sache nicht interessirt zu sein, selbst damit Nichts zu thun haben will und sie also für sich abandonnirt. Dawider läßt sich auch nicht etwa einwenden, weder, daß der Beklagte dem Kläger mittelst Schreibens vom 20. Jan. 1829 die Zustimmung zur Entlöschung der Ladung ertheilt, noch, daß er ihn unterm 28. dess. Monats neben der Weigerung, sich der Sache anzunehmen, zugleich daran erinnert hat: es sei die Pflicht des Schiffers im Nothhafen, für das Beste der Ladung nach bester Einsicht zu handeln. Denn, wenn auch die erstgedachte Autorisation weiter als auf Entlöschung der Ladung gegangen wäre, so würde sie doch den Beklagten zu Nichts verpflichten, da derselbe sie zurückgenommen hat, so wie der Schiffer die Entlöschung nicht in Gemäßheit seiner frühern Angabe wegen erlittener Havarie, sondern wegen der Beschaffenheit der Ladung für nothwendig erklärte, und da diese Zurücknahme vor der Ausschiffung der Waare, mithin zeitig genug erfolgte. Was aber die Erinnerung des Klägers an seine Pflichten betrifft, so ist es nicht die Absicht des Beklagten gewesen, in seinem Interesse denselben dazu auffordern zu wollen, sondern lediglich im Interesse der Ladungsempfänger, wie solches der ganze Zusammenhang der Erklärung vom 28. Jan. und namentlich der Umstand ergibt, daß Beklagter darin angeführt hat, die ganze Havarie müsse demnächst in Reval aufgemacht werden und es sich dabei finden, ob die Kosten des Löschens, Conservirens oder sonstiger Proceduren mit der Ladung den Eignern zur Last kämen oder in Havarie grosse zu stellen wären. Es konnte aber auch der Beklagte den Kläger gar füglich auf seine Pflichten gegen die Ladungsempfänger aufmerksam machen, da der Schiffer auch zu den Letztern in einem obligatorischen Verhältnisse, nämlich jedenfalls dem einer negotiorum gestio steht,

arg. l. 6 § 2 D. de neg. gestis.

und vermöge dieses Verhältnisses allerdings Pflichten gegen dieselben hat, wie ihm denn auch umgekehrt Rechte aus dem Geschäfte wider sie zustehen. Aber auch

2) mit der Klage aus dem Frachtcontracte kann der Kläger von dem Beklagten den Ersatz der fraglichen Auslagen nicht verlangen.

Zwar unterliegt es keinem gegründeten Bedenken, daß der Schiffer auf der Reise und ebenso bei See-Unfällen und im Nothhafen nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, für das Beste der Ladung möglichst Sorge zu tragen. Das hat nicht bloß die Analogie der Bestimmungen des Lübschen Rechts und des Hanseatischen Seerechts über das Kühlen des Getreides und über das Bergen der Güter im Falle eines Schiffbruchs,

Lüb. Statuten, VI. tit. 1 art. 8 und tit. 3 art. 3.

Hanseatisches Seerecht, tit. 3 art. 19, tit. 9 art. 4.

welche der Beklagte in einem viel zu beschränkten Sinne deuten will, für sich; sondern es bringt das die Natur des Frachtcontracts als einer Art des Miethcontracts mit sich, wobei der Empfänger der Sache für die Erhaltung derselben allen Fleiß eines sorgsamen Hausvaters anwenden muß.

Vergl. den wohlunterwiesenen Schiffer. Ausg. von Engelbrecht. Abth. 2 Cap. 3 § 24 S. 58,

und ist Solches zudem im vorliegenden Falle dem Kläger noch insonderheit durch dasjenige, was der Beklagte unter die Chartepartie geschrieben hat, eingeschärft. Nothwendige und nützliche Auslagen aber, welche der Schiffer in solcher Maße auf die Frachtgüter verwendet, kann er demnächst an sich unbedenklich mit der Contractsklage zurück verlangen.

arg. l. 55 § 1 D. locati. l. un. § 3 D. de via publ.

Allein auch von dieser Seite steht es dem Anspruche des Klägers, soweit er gegen den Beklagten gerichtet ist, entscheidend entgegen, daß Letzterer ihm vor der Ergreifung der conservatorischen Maßregeln und vor der Aufwendung der dazu erforderlichen Unkosten die schon oben erwähnte und näher erörterte bestimmte Anzeige gemacht hat, daß er nur

Spediteur der Waare sei und daß er es dem Kläger anheimgeben müsse, dasjenige vorzunehmen, was er im Interesse der Ladung für nothwendig erachte. Beklagter hat mithin für sich selbst die Conservation der Früchte nicht allein nicht verlangt, sondern die ganze Sache positiv von sich abgelehnt; und da nun die Rechte des Schiffers auf Ersatz der Conservationskosten gegen den Befrachter bloß aus der gegen diesen contractlich übernommenen Verpflichtung zur Erhaltung der Ladung hervorgehen und diese Verpflichtung wieder nur Folge des contractlichen Rechts des Befrachters ist, vom Schiffer die Erhaltung der Ladung zu verlangen, so folgt daraus, daß, wenn der Befrachter auf dieses sein Recht gegen den Schiffer verzichtet, Letzterer, dem Befrachter gegenüber, auch nicht weiter verpflichtet ist, für die Conservation der Ladung zu sorgen, mithin auch nicht weiter berechtigt, die Kosten gleichwohl vorgenommener, aber erfolglos gebliebener Erhaltungsmaßregeln von diesem ersetzt zu verlangen.

Da nun sonach der Beklagte zum Ersatz der eingeklagten Kosten an den Kläger auf keinen Fall schuldig ist, so kann es in dem gegenwärtigen Proceß lediglich dahin gestellt bleiben, ob die aufgewandten Kosten als zweckmäßig aufgewandt angesehen werden können und ob der Kläger, um zum Rembours derselben zu gelangen, zum Verkauf der Früchte berechtigt war. Uebrigens war den dem Kläger von den vorigen Instanzen nachgelassene Beweis beizubehalten, da der Beklagte dawider nicht appellirt und der Klägen wider die Fassung desselben Nichts erinnert hat.

II. In Betreff des zweiten, die Fracht angehenden Streitpunktes ist es der Beklagte, welcher sich über seine Verurtheilung zur Bezahlung derselben beschwert, und diese Beschwerde mußte allerdings für begründet erachtet werden. Zwar ist der Befrachter an sich aus dem Frachtcontract zur Bezahlung der Fracht verpflichtet, und kann auch dem Beklagten so wenig seine Qualität eines bloßen Spediteurs als der Umstand zu Statten kommen, daß Kläger die Fracht noch gar nicht von den Ladungsempfängern, an welche er in der Charte-

partie zur Empfangnahme derselben zunächst verwiesen war, einzuziehen versucht hat. Denn in der ersteren Hinsicht ist es entscheidend, daß der Beklagte den Frachtcontract gar nicht in der Eigenschaft als Spediteur, sondern im eignen Namen abgeschlossen hat, und haftet er demnach seinem Contrahenten daraus persönlich und principaliter. In letzterer Hinsicht ist aber freilich so viel richtig, daß der Schiffer gleich dem, welcher sich eine Anweisung auf einen Dritten hat geben lassen, sich in der Regel wegen der Fracht zunächst an den Ladungsempfänger, als den Assignaten, halten muß. Da jedoch Anweisung keine Zahlung und der Inhaber einer Anweisung nicht verpflichtet ist, den Angewiesenen, der sich weigert, dieselbe zu honoriren, zuvor auszuklagen, ehe er seinen Regreß an ihren Aussteller nimmt, und da sich im vorliegenden Falle, wo die verschifften Früchte gar nicht nach Reval überbracht sind und, wenn sie vom Schiffer wieder eingenommen wären, dort aller Wahrscheinlichkeit nach in verdorbenem Zustande angelangt sein würden, mit Sicherheit annehmen läßt, daß die Ladungsempfänger die Bezahlung der Fracht verweigert haben würden, wenn sie darum angegangen wären: so kann es an sich nicht als unstatthaft angesehen werden, daß der Kläger den Beklagten darauf ohne Weiteres in Anspruch genommen hat.

Dagegen ist es wider die Frachtforderung des Klägers entscheidend, daß er durch Unwetter und Frost, also durch Unfälle, welche zunächst und hauptsächlich ihn und sein Schiff betroffen haben, zur Rückkehr nach Travemünde genöthigt und auch demnächst durch die Beschaffenheit des Schiffes verhindert worden ist, die Reise von dort aus so zeitig wieder fortzusetzen, als der Zustand der Ladung Solches erfordert hätte. Es hat also ein den Schiffer betroffener Zufall diesen an der Vollendung der versprochenen Reise verhindert, und wenn man hiernach die Sache

1) nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts beurtheilt, so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß dadurch der Contract aufgelöst worden ist, ohne daß Kläger zu irgend einer Frachtforderung an den Beklagten berechtigt blieb.

arg. l. 15 § 6 D. locati.

Man kann hiegegen auch nicht etwa einwenden,

a) daß ja auch die Ladung durch die eingetretenen See-Unfälle afficirt und in einen solchen Zustand des Verderbens versetzt worden sei, daß deshalb der weitere Transport derselben unmöglich wurde, daß aber der innere Verderb der Güter den Schiffer nichts angehe, sondern ein den Befrachter treffender casus sei, wegen dessen derselbe sich seinen Verbindlichkeiten gegen den Schiffer nicht entziehen könne, und namentlich demselben die volle stipulirte Fracht zahlen müsse, obwohl die Reise nicht gemacht worden sei.

arg. l. 61 § 1 D. locati.

coll. l. 10 pr. D. ad leg. Rhod. de jactu.

Denn diese Grundsätze würden nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Kläger entweder seinerseits den Contract wirklich erfüllt und die Ladung, obwohl im verdorbenen Zustande, nach Reval überbracht hätte, oder, wenn er fortwährend zur Fortsetzung und Vollendung der Reise im Stande und bereit gewesen, hieran aber lediglich durch die schlechte Beschaffenheit der Ladung verhindert worden wäre. Da aber gezeigtermaßen auch der Kläger nicht im Stande war, die übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen, und deshalb die Verbindlichkeit des Beklagten, Fracht zu zahlen, wegfiel, so ist das ein ganz gleichgültiger Umstand, daß auch die Waaren unverschiffbar geworden waren.

Es läßt sich dieser Einwand ferner

b) auch nicht in der Wendung geltend machen, daß Wind und Wetter, so wie der havarirte Zustand des Schiffes nur ein temporäres Hinderniß der Fortsetzung der Reise gebildet hätten, indem, wenn die Frachtgüter nicht dem innern Verderben ausgesetzt gewesen wären, Kläger sie nach beendigter Reparatur seines Schiffes wieder einnehmen und nach ihrem Bestimmungsorte hätte führen können, und daß es mithin in Wahrheit nur die verdorbene und verderbliche Beschaffenheit der Waare sei, welche die Vollendung der Reise verhindert habe. Denn der Schiffer kann von dem Befrachter nur dann verlangen, daß er ohngeachtet der erforderlichen Reparatur

des Schiffes bei dem Vertrage bleibe, wenn diese keine längere Zeit erfordert und dieser Aufenthalt dem Befrachter nicht nachtheilig wird,

arg. l. 24. § 4. l. 27. pr. D. locati.

ein Grundsatz, den auch die neuern Seerechte noch anerkennen,

Rooles d'Oleron, art. 4.

Leges Dammenses, V. 4. (Pardessus, Collection des lois maritimes, Tom. I. p. 373.)

Wisbye'sches Seerecht, art. 16. 37. Edit. v. Engelbrecht.

Preußisches Seerecht von 1727, V. 31.

Landrecht, Th. 2. tit. 8. § 1703.

und der insonderheit da seine volle Anwendung finden muß, wo, wie im vorliegenden Falle, der Schiffer bei der Eingehung des Contracts damit bekannt gemacht ist, daß seine Ladung aus leicht verderblichen Gütern bestehe.

Endlich

c) läßt sich auch zu Gunsten des Klägers darauf kein Gewicht legen, daß derselbe seine Reise wirklich angetreten, sie bereits bis Gothland fortgesetzt hat und durch Sturm und Unwetter nur an der Vollendung derselben verhindert worden ist. Denn obwohl es Vieles für sich haben dürfte, auch nach gemeinem Rechte dem Schiffer, der nur einen Theil der Reise zurücklegen vermogt hat und unterwegs in einem Nothhafen hat bleiben müssen, einen Theil der Fracht nach Maßgabe des zurückgelegten Weges zuzuerkennen,

arg. l. 9. § 1. l. 33. l. 36. D. locati.

wie solches mehrentheils die neuern Seerechte ausdrücklich vorschreiben,

vgl. z. B. Rooles d'Oleron, art. 4.

Ordonnance de la Marine, livr. 3. tit. 3. art. 11. 22.

Code de Commerce, art. 296.

Niederländ. Hand.-Ges.-Buch, Bd. 2. tit. 5. art. 28.

Hamb. Statut, Th. 2. tit. 14. art. 3.

Preuß. Seerecht v. J. 1727, tit 5. art. 31.

Preuß. Landrecht, Th. 2. tit. 8. § 1702. 1705.

Schwed. Seerecht, Hptst. 2. Cap. 12.

so ist doch dagegen, dem Schiffer einen Theil der Fracht zuzuerkennen, im vorliegenden Fall der Umstand entscheidend, daß der Kläger in keinen Hafen auf seiner Route eingelaufen, sondern nach dem Abgangshafen zurückgekehrt ist, also seine übernommene Verpflichtung auch nicht einmal theilweise erfüllt hat.

Zu demselben Resultate einer gänzlichen Abweisung des Klägers mit der Frachtforderung führen nun aber auch

2) die besondern Vorschriften des Lübischen und des Hanseatischen Seerechts.

Es finden hier nämlich nicht die Bestimmungen der

Lüb. Statuten, VI. tit. 3. art. 2 und des

Hanseat. Seerechts, tit. 9. art. 2,

wornach der Schiffer von Gütern, die ohne sein Verschulden verdorben sind, die volle Fracht erhalten soll, Anwendung; denn diese Artikel beziehen sich auf den Fall, wo der Schiffer jene Güter nach dem Bestimmungsorte wirklich überbracht, mithin seinerseits den Contract erfüllt hat.

Im vorliegenden Falle, wo der Kläger seine Reise nicht hat vollbringen können, indem während des für die Reparatur des Schiffes erforderlichen langen Aufenthalts die verladenen Früchte verdorben sein würden, kann nur die Analogie des 1sten Artikels aus den angeführten Titeln entscheiden, wornach, wenn ein Schiff wegen Havarie seine Reise nicht vollbringen kann, die Frachtleute mehr nicht, denn die halbe Fracht von den geborgenen Gütern zu geben schuldig sind. Nach diesem Gesetz könnte nämlich dem Kläger auf keinen Fall mehr als die Hälfte der Fracht zugebilligt werden. Selbst diese aber war ihm nicht zuzuerkennen. Denn abgesehen von dem Bedenken, ob nicht in diesem Gesetze dem Schiffer die halbe Fracht bloß aus dem Gesichtspunkte der theilweise zurückgelegten Reise zugebilligt wird, wie namentlich der wohlunterwiesene Schiffer, Abth. 2. Cap. 5. § 6. Solches annimmt, und daß in concreto, wo der Kläger mit seinem Schiffe nach Travemünde zurückgekehrt ist, die Reise auch nicht einmal als theilweise zurückgelegt angesehen werden kann: so soll der Schiffer nur von den geborgenen Gütern

die halbe Fracht bekommen. Für geborgen aber können diejenigen Güter nicht geachtet werden, die zwar der Substanz nach gerettet, übrigens aber so verdorben sind, daß sie für den Eigenthümer keinen Werth besitzen. Denn, wenn das Gesetz in dem gegebenen Falle die Verbindlichkeit der Frachtleute zur Bezahlung der halben Fracht auf die geborgenen Güter beschränkt, sie aber von der Entrichtung der Fracht von den im Schiffbruch untergegangenen Gütern — die ja dem Schiffer ebenfalls bis dahin transportirt worden sind — befreiet, so kann das nur daraus erklärt werden, daß man es für unangemessen hielt, den Kaufmann zur Zahlung einer Fracht von Gütern, welche ihm gar keinen Nutzen gewährten, zu verpflichten; und es muß daher jene Vorschrift um so unzweifelhafter auch auf geborgene, aber werthlos gewordene Güter angewandt werden, als sonst der Kaufmann bei diesen in einer viel schlimmeren Lage sein würde, wie bei den gänzlich verunglückten, wo er doch nur die Waare selbst, nicht aber noch obendrein die Fracht davon einbüßt. Diese Auslegung des Gesetzes wird denn auch durch mehrere verwandte Seerechte unterstützt, welche bei der Vorschrift, daß von den aus dem Schiffbruche geborgenen Gütern Fracht entrichtet werden soll, zugleich ausdrücklich erfordern: „daß solche dem Kaufmanne zu Nutzen kommen."

Wisbyer'sches Seerecht art. 37. vgl. mit dem Seerecht von Amsterdam, Enkhuysen u. Stavern art. 1. (Pardessus collect. tom. I. pag. 465.)

Im vorliegenden Falle erscheinen nun aber die nach Travemünde zurückgebrachten und dort der Substanz nach geborgenen Güter als völlig werthlos, da in dem Berichte der beeidigten Waarenmakler Wachenhusen und Ehlers vom 17. Febr. 1829 bestimmt gesagt ist, daß die Früchte in dem Zustande, in welchem sie zu Travemünde angelangt waren, unverkäuflich seien, und da die Kosten der von dem Kläger selbst eingeleiteten conservatorischen Maßregeln — welche mithin ihm gegenüber durchaus für zweckmäßig erachtet werden müssen — mehr betragen haben, als der Werth der her-

gestellten Güter ausmachte. Demnach konnte der Beklagte zur Bezahlung einiger Fracht nicht angehalten werden, und kommt es bei diesem Erkenntnisse auf die von dem Beklagten gerügte mutatio libelli überall nicht an.

Ebensowenig war aber auch der Beklagte

III. zu der von dem Kläger begehrten Herbeischaffung der über die Früchte gezeichneten Connossemente oder zur Bestellung einer desfallsigen Caution unbedingt zu verurtheilen. Freilich kann nach aufgehobener Verbindlichkeit mit der Contractsklage auf Liberation gedrungen,

l. 10. D. locati,

auch mit der condictio sine causa von dem Gegner die Herausgabe der etwa noch in dessen Händen verbliebenen Verpflichtungsurkunden gefordert werden,

l. 2. C. de condictione ex lege,

aber dieses setzt nothwendig voraus, daß der Gegner sich noch im Besitze jener Urkunden befinde oder sich auf eine schuldbare Weise derselben entäußert habe. Denn hat der Letztere über die Urkunden auf eine Weise verfügt, wie er dazu berechtigt war, und befindet er sich deshalb außer Stande, sie seinem Contrahenten zurückzugeben, so cessirt die Verpflichtung zur Rückgabe selbst schon nach der Natur der Sache, die eines desfalls zu leistenden Schadensersatzes oder einer Caution für den Mißbrauch, den etwa Dritte damit treiben mögten, aber um deshalb, weil es an einer culpa, sowie an einem Rechtsgrunde fehlt, für die facta des dritten Besitzers einstehen und dem Schiffer den zufällig hieraus für ihn hervorgehenden Nachtheil abnehmen zu müssen. Nun aber sind Connossemente recht eigentlich dazu bestimmt, um an die Empfänger der Ladung eingesandt zu werden, und es kann daher den Beklagten kein Vorwurf irgend einer Art treffen, wenn er dieses auch in dem vorliegenden Falle gethan hat. Vermag daher nicht der Kläger, wie ihm solches in den vorigen Erkenntnissen nachgelassen worden ist, den Beweis zu führen, daß Beklagter sich noch im Besitze der Connossemente befindet, so erscheint die Klage in diesem Punkte als verwerflich

und kann Kläger höchstens — worauf aber zur Zeit noch gar nicht angetragen ist — von dem Beklagten die Abtretung etwaniger demselben zuständiger Klagen, die zur Herbeischaffung der Connossemente führen könnten, verlangen. Endlich

IV. ist auch der Antrag des Klägers, den Beklagten für verpflichtet zu erklären, zur großen Havarie beizutragen, von den vorigen Instanzen mit Recht angebrachtermaßen (denn mehr kann in den Worten des niedergerichtlichen Erkenntnisses „zur Zeit gänzlich" nicht gefunden werden) verworfen worden. Denn es fehlt noch an der Dispachirung derselben, die doch nach der heutigen Praxis der Einklage der großen Havarie vorherzugehen pflegt, und wenn man auch solches, weil es gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, nicht für unerläßlich achten wollte, so hat doch der Kläger es in seiner Klage an jeder nähern und bestimmten Angabe, daß und welche zur gemeinsamen Contribution sich eignenden Unfälle eingetreten seien, ermangeln lassen, und selbst bei Schadensklagen kann eine abgesonderte Verhandlung über die quaestio an nicht anders zugelassen werden, als wenn ein erlittener Schaden und dessen Art sofort dargelegt werden, weil sonst leicht ein ganz müssiges und vergebliches Verfahren Statt finden könnte, wenn sich nachher gar kein, oder doch kein zum Ersatz geeigneter Schaden liquidiren ließe. Es war daher nicht angemessen, bei diesem Punkte auf die anderweitigen Bedenken, welche gegen den Anspruch des Klägers erhoben sind, einzugehen.

Was schließlich den Kostenpunkt angeht, so rechtfertigt die Zweifelhaftigkeit der Sache nicht nur die bisherigen Erkenntnisse über denselben, sondern es mußten deshalb auch in jetziger Instanz sowohl die Kosten des klägerischen als des beklagtischen appellatorii verglichen werden.

LXXXVIII. (148.)

Krämercompagnie c. Kerzengießer Lerchen.

In Sachen der Aeltesten der Krämercompagnie, Kläger,
wider
den Kerzengießer Fr. Aug. (rect. Chr. Aug.) Lerchen,
Beklagten,
den Verkauf selbstverfertigter Seife betr.,
hatte die Wette unterm 27. Juli 1830 auf Antrag der Kläger erkannt:

daß, da es in Lübeck allgemeiner Grundsatz sei, daß kein Handwerksmann und Verlehnter sich einigen Handel irgend einer Art, als nur zur Nothdurft seines Handwerks und seiner Verlehnung anmaßen dürfe, den verlehnten Kerzengießern aber weder in ihrer Rolle noch durch eine sonstige gesetzliche Bestimmung die Verfertigung und der Verkauf von Seife als Amtsgerechtsame beigelegt werde, dem Beklagten das Ausfliehen und Verkaufen von Seife, sowohl im Großen als im Kleinen, gänzlich untersagt werde, auch derselbe schuldig sei, den Klägern die Kosten zu ersetzen.

Dieses Erkenntniß ward auf Appellation des Beklagten vom Obergericht zwar am 7. Octbr. 1830 compens. exp. bestätigt, vom O.-A.-Gericht aber unterm 31. Octbr. 1831 wiederum aufgehoben, und dagegen

Kläger, unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz, schuldig erkannt, binnen einer von der Wette dazu anzuberaumenden Frist, Gegenbeweis vorbehältlich, zu erweisen:

daß ihnen das Recht zustehe, dem Beklagten den Verkauf selbstverfertigter Seife bei kleinen Quantitäten zu verbieten.

Entscheidungsgründe.

Es handelt sich in der vorliegenden Sache nicht von einem Verbietungsrechte der Kläger in Ansehung der Fabrikation der Seife, sondern bloß davon, ob sie berechtigt seien, dem Beklagten den Verkauf der von ihm selbst verfertigten Seife zu untersagen. Denn, wenn die Kläger gleich in der Klage und resp. in der Replik ihr petitum auch dahin gerichtet haben, den Beklagten gegen Anlegung einer Seifenfabrik zu verwarnen und ihm alles Kochen von Seife zu untersagen, so geht doch wohl die Meinung nur dahin, daß ihm die Bereitung der Seife in so weit möge verboten werden, als er sie zum Verkauf verfertigt, und haben auch jedenfalls die vorigen Erkenntnisse, auf deren reine Bestätigung die Kläger antragen, dem Beklagten bloß den Verkauf von Seife untersagt.

Ebensowenig kommt es aber auch gegenwärtig darauf an, ob der Beklagte zum Betriebe des Seifensiedens durch seine Amtsrolle berechtigt sei, oder ob er das Geschäft etwa nur vermöge einer obrigkeitlichen Concession, oder endlich, ob er dasselbe vielleicht als ganz freies Gewerbe treiben dürfe. Denn insofern die Kläger demselben nicht den Verkauf der Seife vermöge eigenen Rechts verbieten können, so ist die Befähigung des Beklagten zur Verfertigung derselben eine ihnen gleichgültige Sache, und braucht er sich wegen seiner desfallsigen Befugniß gegen sie überall nicht auszuweisen. Was nun aber die allein zur Entscheidung stehende Frage anbetrifft, ob die Kläger berechtigt seien, dem Beklagten den Verkauf der von ihm selbst verfertigten Seife, und zwar, wie davon noch weiter unten die Rede sein wird, in kleinen Quantitäten zu verbieten, so kann diese Entscheidung, wenn man die Frage bloß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurtheilt, nicht günstig für die Kläger ausfallen. Dieselben stützen nämlich ihr Verbietungsrecht lediglich auf das ihnen zustehende ausschließliche Privilegium des Klein- und Kramhandels. Unter dem Handel versteht man aber in der eigentlichen Bedeutung des Worts nur den Umsatz oder den Kauf und Verkauf von

Waaren aller Art in unveränderter Gestalt, im Gegensatze des bloßen Verkaufs von Erzeugnissen, welche der Verkäufer aus der eigenen Verarbeitung roher Stoffe gewonnen hat,

Mevius, ad Jus Lub. lib. III. tit. 6. art. 21. № 18.

Marquard, de jure mercatorum, I. c. 7. № 47 ff.

Struv., F. G., systema jur. opif. P. I. lib. 3. c. 7. § 31.

Mittermaier, Deutsches Priv.-Recht § 477.

und folglich begreift auch der Klein- oder Kram-Handel nur den Umsatz von Waaren aller Art bei kleinen Quantitäten in unveränderter Gestalt. Da nun Privilegien stricte zu interpretiren sind, und da sich das Verbietungsrecht einer Innung in der Regel nicht über das von ihr selbst betriebene Gewerbe hinaus erstreckt, so kann auch im Zweifel und so lange nicht ein weiterer Umfang des Privilegiums nachgewiesen wird, das Verbietungsrecht einer zum Handel berechtigten Corporation nur auf den Handel im eigentlichen Sinne des Worts beschränkt, und es kann nicht ausgedehnt werden auf die Befugniß, auch solchen Individuen, welche bloß rohe Stoffe verarbeiten, den Absatz ihrer Gewerbserzeugnisse zu untersagen.

Mevius, decis. P. 5. dec. 255.

Struv., l. c. lib. IV. c. 4. § 2.

Hommel, rhapsod. quaest. vol. III. obs. 437.

Bender, Grundsätze des Deutschen Handelsrechts I. § 27. S. 59.

Da nun im vorliegenden Falle der Beklagte nicht Seife kauft und in unveränderter Gestalt wieder verkauft, sondern da er sie selbst verfertigt und demnächst, wie er einräumt, an seine Kunden absetzt, so fällt dieser Gewerbsbetrieb, die Sache nach allgemeinen Rechtsprincipien beurtheilt, nicht unter das Verbietungsrecht der Kläger.

Dahingegen muß es freilich als recht zweifelhaft angesehen werden, ob nicht, wie auch darauf in der That die Behauptung und gesammte Argumentation der Kläger hinausgeht, in Lübeck mit dem Worte Handel — wenn dasselbe gebraucht wird, um die Gränzen der Befugnisse der commerci-

renden Collegien und der Zünfte zu bezeichnen — ein weiterer Begriff verbunden, und ob nicht derselbe namentlich auch auf den Absatz von eigenen Fabrikaten erstreckt zu werden pflegt, so daß nur der sogenannte Handwerkskram der zünftigen Handwerker eine Ausnahme zu Gunsten derselben bildet, und würde, wenn sich dieses ohne Weiteres annehmen ließe, das klägerische Verbietungsrecht allerdings für begründet anerkannt werden müssen.

Das ist nun aber nicht der Fall; vielmehr läßt Alles, was für eine solche weitere Interpretation bisher in den Acten geltend gemacht worden ist, und was sonst dafür dürfte angeführt werden können, noch manchen Zweifeln und Bedenklichkeiten Raum, so daß darauf in der gegenwärtigen Lage des Processes, wo noch nicht auf Beweis interloquirt und wo noch kein regelmäßiger Beweis und Gegenbeweis geführt worden ist, kein die Sache sofort entscheidendes Gewicht gelegt werden kann.

Für die Interpretation des klägerischen Verbietungsrechts in dem angedeuteten weitern Sinn könnte man sich zuvörderst darauf berufen, daß es im gemeinen Leben nichts Ungewöhnliches ist, den Begriff des Handels weiter zu erstrecken, als solches nach dem juristischen Sprachgebrauche geschehen kann, indem man z. B. auch von dem Fabrikanten wohl zu sagen pflegt, daß er mit seinem Fabrikate handle oder Handel treibe, und scheint darauf, daß in Lübeck gerade diese weitere Interpretation die gebräuchliche ist, der Umstand hinzudeuten, daß so manchen zünftigen Handwerkern das Recht zusteht, den commercirenden Collegien den Handel mit ihren Gewerbserzeugnissen ganz oder doch in beschränkter Maaße zu verbieten. Ein solches Recht hat namentlich das Amt des Beklagten, indem dasselbe in früherer Zeit die Bestimmung seiner Amtsrolle, daß Niemand außer dem Amte gegossene Lichter verkaufen dürfe, dahin interpretirt hat, daß auch die Krämer nicht mit gegossenen Lichtern handeln dürften, in Folge dessen den Kerzengießern vergleichsweise wenigstens ein Verbietungsrecht in Ansehung kleinerer Quantitäten unter 5 ℔ wirklich

eingeräumt ist. Nur insofern aber, als die Zünfte selbst ihren Handwerkskram als eine Art Handel ansehen, konnten sie überhaupt darauf verfallen, sich ein Verbietungsrecht gegen die zum Handel vorzugsweise berechtigte Krämer-Compagnie anzumaßen, indem sonst nach allgemeinen Grundsätzen die freie Handelsbefugniß der Commercirenden durch den Handwerkskram der zünftigen Aemter durchaus nicht beschränkt wird.

Ganz besonders dienen zur Unterstützung dieser Ansicht die Kaufmannsordnungen von den Jahren 1572 und 1607, in deren Art. XIV. übereinstimmend verfügt ist, daß die Handwerker nicht kaufschlagen, d. h. keinen Handel treiben dürfen, ausbeschieden soviel als sie zu ihrem Handwerke und in ihren Häusern bedürften, welches ihnen zu kaufen erlaubt sei, eine Ausnahme, welche sich nur so scheint erklären zu lassen, daß man den Absatz der Handwerker auch als ein Kaufschlagen angesehen hat, indem sich sonst diese Bestimmung gar nicht als eine Ausnahme hätte bezeichnen lassen, und indem sie sich vielmehr schon von selbst verstanden haben würde, und gewinnt dieses Argument noch größeres Gewicht durch das vom Senate der Stadt Lübeck im Jahre 1631 abgegebene Attestatum,

bei G. A. Struv. decis. jur. opif. p. 192.

vgl. auch Dreyer, Einleitung, S. 516.

worin, offenbar im Hinblick auf die erwähnten Kaufmannsordnungen, gesagt ist, daß schon seit undenklichen Zeiten zu Lübeck zum Nutzen der Kaufmannschaft die Ordnung bestehe, daß kein Handwerksmann sich einiger Handlung weiter, als seines Hauses oder Handwerks Nothdurft es erfordere, gebrauchen möge, und wodurch gerade der Handwerkskram als eine Art des Handels scheint bezeichnet zu werden.

Es ließe sich ferner für diese Ansicht ein Argument aus der Notification des Senats wegen der Commercien und Manufacturen vom 30. Juli 1670

abgedruckt hinter dem Stadtrecht, Ausg. v. 1728, p. 118 ff.

entnehmen, worin denjenigen fremden Fabrikanten, welche sich in Lübeck zum Betriebe ihrer Manufacturen ansiedeln würden,

eigens die Versicherung ertheilt ist, daß sie auch befugt sein sollten, ihre mit eigener Hand verfertigten Arbeiten in und außerhalb der Stadt zu verkaufen, welche an sich ganz überflüssige Bemerkung fast nur unter der Voraussetzung für nothwendig erachtet werden konnte, daß der Absatz der Arbeiten eigentlich in die Categorie des Handels falle, und folglich ohne diesen Vorbehalt als ein unerlaubter Eingriff in die Rechte der commercirenden Collegien betrachtet werden dürfte. Endlich aber haben auch die Kläger in dem Wettebescheide vom Jahre 1752, den Garbereiter Messe betreffend, den Beweis beigebracht, daß die Wette wirklich schon in jener Zeit den Verkauf von selbstverfertigter Seife als einen Eingriff in die Gerechtsame der Krämer-Compagnie, also als einen unerlaubten Handel angesehen habe; und wenn gleich ein solcher einzelner, zumal gegen ein Mitglied einer ganz andern Zunft ergangener Wettebescheid keinen directen Beweis des in Frage stehenden Verbietungsrechts dem Beklagten gegenüber liefern kann, so dient er doch allerdings zur Interpretation der Ansicht, welche schon damals in den Gerichten in dieser Beziehung angenommen worden ist.

Allein gegen alles bisher Angeführte kommt auf der andern Seite Folgendes in Betracht.

Was zunächst den Sprachgebrauch anbetrifft, so ist derselbe in aller Hinsicht schwankend und unbestimmt, und pflegt man selbst im gemeinen Leben nicht selten die Begriffe sorgfältiger zu unterscheiden, indem man z. B. von den auf den Verkauf arbeitenden Handwerkern, den Schustern, Drechslern u. a., nicht sagt, daß sie mit ihren Arbeiten handeln, sondern nur, daß sie solche machen oder verfertigen, gerade zur Unterscheidung dieses Verkehrs von demjenigen des Krämers, welcher mit den Arbeiten jener Aemter wirklich handelt. Wenigstens läßt sich dieser weitere Begriff des Handels dem Verbietungsrechte der Commercirenden nicht unbedingt unterlegen, indem dies, strenge durchgeführt, am Ende sogar dahin führen würde, auch dem Landmann den Verkauf seines Getreides zu verbieten. Insonderheit aber kann bei dieser

Ungewißheit des Sprachgebrauchs aus dem, den einzelnen Zünften über die gewöhnlichen Grenzen des Handwerkskrams hinaus ertheilten Verbietungsrechte um so weniger ein sicherer Schluß auf eine weitere Usual-Interpretation des Wortes „Handel" gemacht werden, da die Gränzen der Befugnisse der Krämercompagnie bekanntlich auf sehr verschiedene Weise gezogen sind und dabei Alles auf singulären Gründen zu beruhen scheint.

Demnach bleibt dem Richter bei der Beurtheilung des einzelnen Falles nichts Anderes übrig, als bei dem juristischen Begriffe stehen zu bleiben und der Partei, welche behauptet, daß in concreto der weitere Sinn zum Grunde gelegt werden müsse, den desfallsigen Beweis nachzulassen, wie dies auch bei Klagen der Aemter, welche sich ein Verbietungsrecht gegen die Commercirenden anmaßen wollen, jedes Mal geschieht.

Dieser Beweis wird nun auch nicht etwa durch die angezogenen passus aus den Kaufmannsordnungen von 1572 und 1607 überflüssig gemacht, indem die Bestimmungen derselben viel zu unklar sind, als daß sich daraus ohne nähere Erläuterung eine sichere Meinung über die Gränzen der gegenseitigen Befugnisse entnehmen ließe.

Geht man nämlich zurück auf die Kaufmannsordnung von 1484, art. 23. 24. — wie man thun muß, weil die spätere von 1572 in dem angezogenen art. XIV. durch die Worte „nach vorgemeldeter Ordnung" darauf offenbar Bezug nimmt — so ist neben der Regel, daß Kaufleute und Handwerker getrennt bleiben und Letztere nicht kaufschlagen sollen, die oben erwähnte Ausnahme so gefaßt, daß jeder Handwerker soviel Victualien innerhalb der Mauern kaufen dürfe, als er zu seines Hauses Nothdurft gebrauche. Wenn nun gleich in den spätern Ordnungen von 1572 und 1607 außer den Victualien auch noch die Waaren genannt sind, und dabei den Handwerkern auch gestattet ist, ihres Handwerks Nothdurft mit zu berücksichtigen, so ist die Ausnahme doch lediglich wieder auf das Kaufen gestellt. Diesemnach scheint die Meinung nur dahin zu gehen, daß auch den Handwerkern

die zu ihrem Gewerbe und zu ihrem Haushalte benöthigten Einkäufe im Großen — im Gegensatze der Einkäufe zu andern Zwecken, und namentlich um das Gekaufte wieder zu verkaufen — unverwehrt sein sollten, wobei sie sich aber des unmittelbaren Ankaufs aus den Schiffen zu enthalten hätten, indem dadurch der fremde Schiffer abgehalten werde, sich eines hiesigen Kaufmanns als Commissionairs zu bedienen, und wird diese Ansicht noch ganz besonders durch das Decretum Senatus d. 6. October 1827 unterstützt, worin auf Suppliciren der Aemter in puncto der Handlung denselben zugesichert wird, daß ihnen unbenommen sei, was zu ihrer Haushaltung und Amts-Profession erforderlich, anzukaufen, als wozu ihnen an der Zulage, der Waage und sonsten gewöhnlichermaßen geholfen werden solle, wohingegen namentlich, was den Ankauf in den Schiffen betreffe, nach dem Herkommen verfahren werden solle.

Demnach ist auch hier wieder nur vom Kaufen die Rede, und wird es daher bedenklich, die Ausnahme in der Kaufmanns-Ordnung weiter zu verstehen, nämlich vom Kaufen und Verkaufen, und namentlich vom eigentlichen Handwerkskram, zumal neben den Waaren auch immer von den Victualien für des Hauses Nothdurft die Rede ist, bei welchen von einem Verkaufe keine Rede sein kann.

Wenn nun gleich das attestatum Senatus de A°. 1631 weiter zu gehen scheint, indem es die Ausnahme nicht auf das Kaufen beschränkt, sondern allgemeiner, nämlich dahin faßt, daß Niemand sich einiger Handlung weiter, als seines Hauses und Handwerks Nothdurft erfordere, gebrauchen dürfe, so kann darauf doch, so lange nicht etwa die Verhältnisse, unter denen jenes Attestat ertheilt worden, näher aufgeklärt sind, kein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Denn die Kraft einer Verordnung hat dasselbe natürlich nicht, und insoweit es dazu dienen könnte, die wahre Meinung der Kaufmanns-Ordnung, auf welche es sich ersichtlich bezieht, daraus zu entnehmen, so steht ihm einigermaßen das so eben erwähnte spätere, sich an die Kaufmanns-Ordnung genau anschließende

Senatsdecret vom Jahre 1727 entgegen, so daß die eigentliche Meinung der Kaufmanns-Ordnung wenigstens noch immer ungewiß bleibt. Wollte man aber auch dieselbe in dem entgegengesetzten Sinne verstehen, daß nämlich gerade durch die Kaufmanns-Ordnung dem Handwerker gestattet sei, sich des Absatzes seiner Fabrikate zu bedienen, so muß, was dem zünftigen Handwerker unverwehrt ist, im Zweifel auch dem unzünftigen Handwerker, welchem die Obrigkeit den Betrieb seines Gewerbes ausdrücklich oder stillschweigend gestattet, in gleicher Maaße freistehen, und das um so mehr, da die gedachten Quellen neben dem Handwerker auch der Verlehnungen gedenken.

Dabei kann denn auch dasjenige, was die Kläger, unter Berufung auf den Vorgang des Mobilienhändlers und Spiegelmachers Gäth und der Uhrmacher Engels und Becker, über die Verpflichtung jedes, selbst concessionirten, unzünftigen Fabrikanten anführen, daß er nämlich in die Krämer-Compagnie treten müsse, insofern er nicht schon einem commercirenden Collegio angehöre, für jetzt nicht weiter beachtet werden, weil die Verhältnisse, unter denen dieser Eintritt gefordert und erfolgt ist, nicht weiter nachgewiesen sind, und es doch auf diese wesentlich ankommt.

Anlangend hiernächst die Notification vom Jahre 1670, so dürfte der angezogene passus einer mehrfachen Auslegung fähig sein, und wäre es insonderheit auch wohl möglich, daß man nur, um Mißverständnissen vorzubeugen, ausdrücklich in die Bekanntmachung aufzunehmen für gut befunden habe, was sich ohnehin schon von selbst verstand, indem die Bekanntmachung gerade für Auswärtige bestimmt war, welche die Verhältnisse in der Stadt Lübeck nicht näher kannten.

Endlich ist das Gewicht des Wettebescheides von 1752 zwar nicht zu verkennen. So lange indeß zur Unterstützung desselben Nichts hinzukommt, kann auch diesem einzigen Präjudicate kaum das thema probandum erschöpfende Beweiskraft beigemessen werden.

War nun diesem zufolge annoch zuvor auf Beweis zu

interloquiren, so mußte derselbe auf ein den Klägern zustehendes Verbietungsrecht in Ansehung des Verkaufs bei kleinen Quantitäten, d. h. en détail, beschränkt werden, und ist die Wette auf jeden Fall zu weit gegangen, indem sie dem Beklagten auch den Verkauf der selbstverfertigten Seife im Großen untersagt hat. Denn einmal hatten die Kläger selbst ihre Klagbitte nur dahin gerichtet, ihm den Verkauf bei Kleinigkeiten zu untersagen, und fürs Andere steht auch der Krämercompagnie, wenn sie gleich manche Großhändler unter ihre Mitglieder zählt, doch ein Verbietungsrecht nur in Ansehung des Klein-Verkaufs zu.

Wenn übrigens die Kläger auch noch darauf ein großes Gewicht legen, daß dem Beklagten nicht gestattet werden könne, sein Fabrikat zum Behuf des Verkaufes auszufliehen und so die Käufer anzulocken, so ist es ihnen unbenommen, auch hierauf ihren Beweis mit zu richten, indem es wohl denkbar wäre, daß sie, selbst, wenn sie das behauptete Verbietungsrecht im ganzen Umfange zu erweisen nicht im Stande sein sollten, dennoch dem Beklagten das Ausfliehen seiner Seife untersagen dürften, und ist dieser Beweis als ein minus in dem, welches erkannt worden, mit enthalten.

Die Aussetzung der Kosten erster Instanz rechtfertigt sich durch den Vorbehalt künftiger weiterer Entscheidung von selbst. Die Kosten der zweiten und dritten Instanz aber waren bei der großen Zweifelhaftigkeit der Sache, und da die Kläger zwei conforme Entscheidungen für sich gehabt hgben, billig zu compensiren.

LXXXXIX. (149.)

R. c. St.'sche Concursmasse.

Der am 5. September 1829 zur Vonisedirung gelangte Kaufmann J. H. St., welcher unter Anderm seinem Schwager J. F. H. R. in Lübeck laut hypoth. Wechsels vom 4. Februar 1825 die Summe von 1400 ℔ — drei

Monat a dato zahlbar nebst 5 % p. a. Zinsen — schuldig geworden und demselben überdies aus einer von Letzterm durch Mitunterschrift eines solidarischen, ebenfalls drei Monat nach dato fälligen Hypothek-Wechsels von 3000 ℔ an den Procurator E. vom 7. März übernommenen Bürgschaft verbunden war, hatte zur Deckung dieses seines Gläubigers demselben

1) im Juni 1829 einen, ihm, dem Schuldner, in einem hiesigen Grundstück zuständigen Hauspfandposten von 1500 ℔ zuschreiben lassen;

2) eine ihm wider einen andern Schwager, S., bei Ahrensboeck, zustehende Schuldforderung von 750 ℔ durch Constituirung übertragen (indem er diesen Schuldner liberirt und dazu vermogt hatte, am 23. Juni 1829 dem gedachten R. einen Hypothekwechsel auf obige Summe auszustellen);

3) unterm 24. Aug. 1829 für die Summe von 1730 ℔ 3½ ß eine Menge von Mobilien und einzelne Waaren taxato käuflich überlassen und tradirt, über den Kaufpreis aber in folgender Weise quittirt:

„Obige 1730 ℔ 3½ ß habe ich, durch Abrechnung auf die dem Herrn J. F. H. R. gegen mich laut Acte vom 4. d. M. zuständige hypothekarische Gegenforderung, für die von ihm allein übernommene Bezahlung eines bloß zu meinem Besten von ihm und mir in solidum unterm 7. März 1828 an den Herrn Proc. E. über 3000 ℔ Conr. à ½ % Zinsen per Monat ausgestellten hypothekarischen Wechsels richtig bezahlt erhalten.

Lübeck, den 24. Aug. 1829. J. H. St.

Die Güterpfleger der St.'schen Concursmasse klagten hierauf am 14. Novbr. 1829 wider den J. F. H. R. auf Auskehrung des S.'schen Wechsels von 750 ℔, resp. desjenigen, was darauf bereits erhoben sein mögte, auf Abtretung des Hauspfandpostens von 1500 ℔ und auf Rückgabe der am 24. August käuflich überlassenen Gegenstände, wornächst

das Niedergericht am 18. Septbr. 1830 erkannte:

„daß der Beklagte schuldig sei, den Klägern die gedachten Gegenstände (des Kaufs vom 24. Aug.) herauszugeben, die Cessionen aber für rechtsbeständig, comp. exp., zu achten seien, es könnten und wollten denn Kläger erweisen, daß die Uebertragung der libellirten Capitalien von dem Gemeinschuldner in betrüglicher Absicht zur Verkürzung seiner sonstigen Creditoren geschehen sei."

Dies Erkenntniß, wider welches beide Parteien die Appellation zur Hand nahmen, ward vom Obergericht mittelst Urtheils vom 27. Jan. 1831 comp exp. bestätigt und dawider nur von dem Beklagten der weitere Recurs an das O.-A.-Gericht ergriffen, von welchem jedoch unterm 16. Jan. 1832 ebenfalls pure Bestätigung, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser dritten Instanz, erfolgte.

Entscheidungsgründe.

I. Die erste Beschwerde des Beklagten betrifft die Rechtsgültigkeit des unterm 24. Aug. 1829 zwischen ihm und seinem Schwager, dem nachmaligen Gemeinschuldner St., zu Stande gekommenen Verkaufes der auf der Anl. 1. zur Klage verzeichneten Mobilien, Waaren und andern Sachen.

Es ergibt sich aber aus dem Gemeinen Bescheide vom 9. Febr. 1803, daß

1) Zahlungen des nachmaligen Gemeinschuldners durch in solutum gegebene Sachen, wenn sie innerhalb 4 Wochen vor dem Ausbruch des Concurses für eine noch nicht fällige Forderung geleistet worden, ungültig seien (und zwar, wie der Zusatz zeigt, daß selbst bei der Zahlung fälliger Forderungen die Grundsätze des Römischen Rechts über die sog. Paulianische Klage und deren Erfordernisse in voller Kraft bleiben sollen, auch ohne daß es auf diese Erfordernisse ankomme); daß aber

2) auch, wenn von der Befriedigung bereits fälliger Forderungen die Rede ist, der befriedigte Gläubiger sich jedenfalls

alles unerlaubten An-sich-Ziehens oder Deckens müsse enthalten haben.

Zufolge der von dem Beklagten selbst beigebrachten Quitung ist nun das fragliche Geschäft, da St. schon unterm 5. des folgenden Monats seine Insolvenz erklärt hat, nur 11 Tage vor dem Ausbruche seines Concurses abgeschlossen, und bezweckt dasselbe, obwohl es zum Schein in die Form eines Verkaufs gekleidet ist, nach dem eignen Geständnisse des Beklagten in der That Nichts, als eine Deckung dieses Letztern wegen derjenigen Ansprüche, welche an ihn aus dem Wechsel des Proc. E. vom 7. März 1828, wofür er durch solidarische Mitunterzeichnung desselben die Bürgschaft übernommen hatte, gemacht werden mögten, also eine datio in solutum. Da jedoch dem Beklagten aus jenem Bürgschaftsverhältnisse zur damaligen Zeit noch gar keine fällige Forderung an St. zustand, indem ein Bürge erst dann einen Ersatz-Anspruch an den Hauptschuldner erlangt, wenn er selbst den Gläubiger befriedigt,

l. 6 Cod. mandati,

diese Befriedigung aber erst nach dem Ausbruch des St.'schen Concurses erfolgt ist, so ergibt sich schon daraus die Ungültigkeit des Geschäfts von selbst. Daß sich der Beklagte dagegen nicht auf die Fälligkeit seiner eigenen Wechselforderung vom 4. Febr. 1825 berufen könne, folgt ohne Weiteres daraus, daß laut der Quitung die käufliche Ueberlassung der Sachen ausdrücklich in Beziehung auf die Forderung aus dem E.'schen Wechsel geschehen ist. Was aber die Fälligkeit dieser letztern Forderung anbetrifft, so macht der Beklagte es zwar theils geltend, daß ihm als Bürgen doch ein Anspruch auf Liberation von dieser Bürgschafts-Verbindlichkeit zugestanden habe, da er die Bürgschaft überhaupt nur auf 3 Monate übernommen, theils, daß die Forderung jedenfalls vermöge der Vereinbarung vom 4. Aug. 1829 fällig geworden sei, deren Inhalt die Quitung vom 24. desselben Monats näher angebe. Allein, was den Anspruch auf Liberation anbelangt, so ist es bekannt, daß ein solcher kein Recht ertheilt, Zahlung von dem

Hauptschuldner zu verlangen, sondern nur die Befugniß, denselben zur Befriedigung des Gläubigers anzuhalten, damit auf diese Weise die Befreiung des Bürgen erwirkt werde,

l. 45. § 5. D. mandati,

und konnte auf keinen Fall der Beklagte sich annoch auf diesen Anspruch berufen, da er ja gerade durch die Acte vom 4. Aug. 1829 die Befriedigung des Procurators E. vorzugsweise übernommen haben will. Anlangend dagegen die in dieser Acte enthaltene Vereinbarung — wenn anders überall eine solche Acte existirt, hinsichtlich deren es auffallend ist, daß der Beklagte sie nicht mit seiner Quitung beigebracht hat und daß er daraus erst in 3ter Instanz die Fälligkeit seiner Forderung herleitet — so ward vermöge derselben die Forderung eben so wenig fällig, da vor erfülltem Zahlungsmandate kein Ersatz-Anspruch aus demselben gegen den Mandanten Statt hat.

Ließe sich aber auch noch darüber zweifeln, ob die Forderung fällig gewesen sei, oder nicht, so würde das Geschäft dennoch als der Rescission unterworfen angesehen werden müssen, da es bei demselben durchaus auf nichts Anderes, als auf ein durch den Gemeinen Bescheid verbotenes An-sich-Ziehen und Decken, mithin auf eine durchaus rechtswidrige Sicherung abgesehen gewesen ist. Zwar läßt der Gemeine Bescheid es unbestimmt, was unter einer unerlaubten Deckung zu verstehen sei. Indeß ergibt der ganze Zusammenhang, daß darunter wenigstens alle solche dationes in solutum verstanden sind, zu welchen der Gläubiger seinen Schuldner mit dem Bewußtsein anhält, daß der Ausbruch der Insolvenz desselben unvermeidlich nahe bevorstehe, mithin dadurch den übrigen Gläubigern die Mittel entzogen werden, zu ihrer wenigstens theilweisen Befriedigung zu gelangen.

An einem solchen Bewußtsein bei dem Beklagten zur Zeit des fraglichen Verkaufs läßt sich nun aber nach allen vorkommenden Umständen durchaus nicht zweifeln. Auf der einen Seite nämlich mußte er es sich schon von selbst sagen, wie nachtheilig eine solche Plünderung der Masse für alle übrigen

Gläubiger des St. sein müsse, indem dieser die fremdartigsten, dem Beklagten zum Theil kaum brauchbaren Gegenstände, als Mobilien, Haus- und Küchen-Geräthe, Waaren, ausstehende Forderungen, Gegenstände des Handelsbetriebes, kurz anscheinend sein ganzes noch übriges disponibles Vermögen zusammenraffte, um es dem Beklagten, seinem nahen Verwandten, zuzuwenden, und ist es gar nicht anders denkbar, als daß Beklagter sich zur Begünstigung einer solchen Handlungsweise und zur Annahme aller jener Gegenstände eben nur durch die Rücksicht auf den nahe bevorstehenden Concurs des St. habe bestimmen lassen. Auf der andern Seite aber wird diese Annahme unterstützt durch die eigenen Aeußerungen und Geständnisse des Beklagten über die derzeitigen Vermögensverhältnisse desselben. Denn so kann es z. B. nicht anders als wie ein Geständniß des Beklagten angesehen werden, daß er von einem Dritten aufgefordert worden sei, auf seine Deckung Bedacht zu nehmen, wenn er in duplicis sagt: „Es ist falsch, „daß Beklagter schon am 24. Aug. 1829 den unvermeid„lich nahe bevorstehenden Concurs gekannt habe, wäre „er auch von Jemanden aufgefordert, für seine „Deckung zu sorgen. Beides ist nicht nothwendig „gleichbedeutend." Es wird ferner ebendaselbst eingestanden, daß St. gerade um die nämliche Zeit mit einer Execution von Seiten eines andringenden Gläubigers bedroht gewesen sei; und wenn gleich nicht gerade eingeräumt wird, daß der Beklagte schon damals um dieselbe gewußt habe, so läßt sich daran bei den mancherlei Verwickelungen, in welchen er sich mit demselben befand und die ihn schon die Nothwendigkeit, auf seine Sicherstellung Bedacht zu nehmen, hatten erkennen lassen, ingleichen bei seinem nahen verwandtschaftlichen Verhältnisse zu dem Schuldner, nicht zweifeln. Endlich aber gesteht auch Beklagter in duplicis ein, daß St. ihm die Mobilien auf vieles Drängen von seiner Seite angeboten und daß er sie angenommen habe: „damit nicht Dieses, so wie vieles Andre, in fremde Hände käme." Er hat sich also nicht nur zu vielem Drängen bewogen gefunden, sondern auch zur

Annahme des Dargebotenen gerade durch das Aufräumen der Masse von Seiten des Gemeinschuldners und durch die Betrachtung, daß die Gegenstände derselben sonst in andere Hände kommen würden, mithin, um sich vor andern Gläubigern und zu deren Nachtheile sicher zu stellen. Demnach ist das unerlaubte Decken von Seiten des Beklagten genugsam erwiesen, und folglich der Verkauf von den vorigen Richtern mit Recht rescindirt worden.

II. Seine zweite eventuelle Beschwerde hat der Beklagte darin gesetzt, daß das Niedergericht in seinem Erkenntnisse actenwidrig angenommen und ausgesprochen habe, daß die ihm vom Gemeinschuldner St. cedirten Capitalien von resp. 1500 ℔ und 750 ℔ zur Befriedigung für die ihm laut Wechsels vom 4. Febr. 1825 zustehende Capital- und Zinsforderung dienen sollten, während doch hätte erkannt werden müssen, daß, da die Cession lediglich zum Zwecke seiner Sicherstellung wegen der Bürgschaft für den E.'schen Wechsel vorgenommen worden sei, genannte beide Posten auch nur auf diese Forderung abzurechnen seien, und verlangt der Beklagte, daß noch jetzt dieser Beschwerde gemäß erkannt, oder daß doch wenigstens ausgesprochen werde, daß durch das Niedergerichtliche Erkenntniß hierüber durchaus Nichts präjudicirt sei.

Es kann nun aber dieser Beschwerde kein Raum gegeben werden, weil über die Frage, welche der Beklagte jetzt reformatorisch entschieden wissen will, bisher überhaupt weder entschieden ist, noch auch entschieden werden konnte, indem für den Fall, daß der den Klägern nachgelassene Beweis des dolus verfehlt werden sollte, die ganze Frage für den jetzigen Streit ohne alles Interesse sein wird, und der Beklagte es vielmehr dermaleinst mit den periclitirenden Gläubigern auszumachen hat, auf welche seiner Forderungen die Abrechnung zunächst zu bewerkstelligen sei. Es bedarf aber auch eben um deswillen der erbetenen Declaration des Niedergerichtlichen Erkenntnisses überall nicht, da es sich von selbst versteht, daß das Niedergericht über diese Frage weder habe präjudiciren können noch wollen, wenn es gleich Recht hatte, in facto

davon auszugehen, daß die cedirten Forderungen auch für den eigenen Wechsel des Beklagten zur Sicherheit hätten dienen sollen, indem die eigenen Angaben desselben damit übereinstimmen. Anlangend endlich

III. die auf die Compensation der Kosten beider vorigen Instanzen gerichtete dritte Beschwerde des Beklagten, so leuchtet die Verwerflichkeit derselben ohne Weiteres ein, da zur Verurtheilung der Kläger in jene Kosten durchaus keine Veranlassung gegeben war, indem in beiden Instanzen den Anträgen des Beklagten nur theilweise deferirt ward.

C. (152 A und B.)

Kerzengießer contra Luger.

In Sachen des Amts der Kerzengießer, Kläger,
wider
den Kläger Luger, Beklagten,
wegen Verkaufs russischer Lichter,

war von dem Ersteren bei der Wette darauf geklagt worden, daß Letzterer, weil er russische Talglichter in Kisten unter 5 Lt verkauft habe, bestraft und ihm ähnlicher Verkauf bei härterer Ahndung untersagt werden möge.

Die Wette erkannte am 12. Oct. 1830:

daß Kläger unter Verurtheilung in die Kosten mit ihrer Klage abzuweisen, sie könnten und wollten denn besser, als geschehen, beweisen: daß sie den Krämern den Verkauf und die Versendung von Lichtern unter 5 Lt nach außerhalb der Landwehr belegenen Oertern zu verbieten berechtigt seien.

Vom Obergericht ward dies Erkenntniß am 6. Januar 1831 bestätigt, vom O.-A.-Gericht aber auf Appellation der Kläger unterm 12. Nov. 1831 dahin abgeändert:

„daß der Beklagte zwar wohl befugt sei, nicht nur russische Lichter in Parthien von 5 Lt und darüber auf einmal zu verkaufen, wenn gleich die einzelnen Kisten weniger als

5 ℔ enthalten, sondern auch Parthien unter 5 ℔ nach außerhalb der Landwehr belegenen Oertern zu versenden, es könnten und wollten denn Kläger, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, wie Recht erweisen, in erster Hinsicht:

daß sie berechtigt seien, den Krämern überhaupt den Verkauf in Kisten unter 5 ℔, wenn auch die auf einmal verkaufte Parthie 5 ℔ oder darüber beträgt, zu verkaufen;

in der andern Hinsicht aber:

daß sie auch befugt seien, den Krämern Versendungen kleinerer Quantitäten Lichter nach Oertern außerhalb der Landwehr zu verbieten.

Dahingegen habe sich der Beklagte im Uebrigen des Verkaufs von russischen Lichtern in Parthien unter 5 ℔ in Lübeck auch an außerhalb der Landwehr wohnende Käufer gänzlich zu enthalten, er könnte und wollte denn binnen einer ebenmäßig von der Wette anzusetzenden peremtorischen Frist erweisen:

daß die Krämer die Befugniß zu solchem Verkauf kleinerer Quantitäten Lichter an Personen außerhalb der Landwehr durch ein neueres Herkommen erworben haben.

Unter Vergleichung der Kosten aller drei Instanzen."

Den hierauf von den Klägern durch Bezugnahme auf einen Vergleich der Kerzengießer und Schonenfahrer vom 23. April 1756 und eine Reihe von Wette-Protocollen versuchten Beweis erklärte die Wette unterm 6. März 1832 für verfehlt, und erkannte unter Compensation der Kosten, daß das obige Urtheil des O.-A.-Gerichts seinem ganzen Inhalte nach zu purificiren sei, welches Erkenntniß das Obergericht, obgleich die Kläger in 2ter Instanz auch noch, als noviter reperta, die dem Vergleich von 1756 voraufgegangenen Verhandlungen beigebracht hatten, unterm 14. Juni 1832 pure, unter Verurtheilung der Kläger in die Kosten 2ter Instanz, bestätigte, und zwar mit dem Hinzufügen, daß die angeblich neu aufgefundenen Commissionsprotocolle um so weniger Etwas zu dem von Klägern zu führenden Beweise Dienliches an die Hand zu geben vermögten, als sie dem rechtskräftig

interpretirten Vergleiche voraufgegangen, weshalb es denn auch wegen Unerheblichkeit dieses neuen Vorbringens keiner Verfügung auf die desfallsigen Anträge bedürfe.

Auf Appellation der Kläger ward jedoch das Urtheil des Obergerichts durch O.-A.-Gerichts-Erkenntniß vom 20. Juli 1833 dahin, unter Compensation der Kosten, abgeändert:

„daß, in sofern annoch diejenigen Mitglieder des klägerischen Amts, welche zur Zeit des Ablaufs der Beweisfrist, am 20. December 1831, Aelteste desselben waren, in einem von der Wette anzuberaumenden Termin eidlich erhärtet haben werden:

daß sie die beim Obergericht producirten Wetteprotocolle vom 9. Juli und 4. Oct. 1755, ingleichen vom 20. Febr. 1756 vor dem Ablaufe der Beweisfrist nicht gekannt haben, sondern dieselben erst nachher aufgefunden seien;

das Erkenntniß der Wette vom 6. März 1832 für jetzt wieder aufzuheben, und nach vorgängiger Production der gedachten Protocolle zu den Wette-Acten, auch etwaniger fernerer Instruction der Sache in derselben anderweit zu erkennen sei, was Rechtens."

Entscheidungsgründe.

Der den Klägern durch das Interlocut des O.-A.-Gerichts vom 12. Nov. 1831 nachgelassene Beweis (s. oben), auf den es für jetzt noch ankommt,

„daß sie berechtigt seien, den Krämern überhaupt den Verkauf von Lichtern in kleinern Kisten unter 5 Lt, wenn auch die auf einmal verkaufte Parthie 5 Lt und darüber beträgt, zu untersagen,

ist von der Wette, nach dämaliger Lage der Sache, mit Recht für verfehlt erklärt.

Die Kläger beschränkten sich nämlich in ihrer Beweis-Antretung darauf, theils diejenigen Verhandlungen zu den Acten zu bringen, welche zu verschiedenen Zeiten bei der Wette in Betreff der Notification des Verkaufs russischer Lichter durch die wöchentlichen Anzeigen Statt gefunden hatten, theils

auf mehrere, schon früher producirte Wettebescheide Bezug zu nehmen, theils endlich zwei neue Wettebescheide vom 15. Jan. 1779 und 27. Mai 1780 zu allegiren. Alles dieses konnte aber zu dem in Frage stehenden Beweise nicht genügen. Denn die bloß polizeilichen Verfügungen der Wette, wodurch dem Drucker und Verleger der Anzeigen aufgegeben wird, den Verkauf der russischen Lichter abseiten eines Kaufmanns nicht anders als in Kisten von 5 Lt und darüber zu berichten, können zur Interpretation des Vergleichs um deswillen nicht dienen, theils, weil sie keinen Fall wie den vorliegenden betreffen, theils, weil sie nur die Worte des Vergleichs wiederholen und die Ungewißheit, ob bloß der Verkauf von Parthien oder von Kisten unter 5 Lt hat untersagt werden sollen, nicht beseitigen. Das Gleiche gilt aber auch von den übrigen producirten und allegirten Wettebescheiden, in welchen den einzelnen Contravenienten, in wörtlicher Uebereinstimmung mit dem Vergleich, lediglich das Verbot beigelegt ist, Kisten unter 5 Lt zu verkaufen, ohne daß dadurch über die jetzt aufgeworfene Frage entschieden wäre.

Es haben jedoch die Kläger hiernächst beim Obergericht auch noch diejenigen Verhandlungen producirt, welche vor der Wette dem Abschlusse des Vergleichs vom 23. April 1756 voraufgegangen sind, nämlich die Wette-Protocolle vom 9. Juli und 4. Oct. 1755 und vom 20. Febr. 1756, und haben sie davon per beneficium novorum Gebrauch machen zu wollen erklärt.

Da nun durch die bei der Publication der definitiven O.-A.-Gerichts-Ordnung erlassene Lüb. V. vom 13. August 1831 die §§ 130—2 der O.-A.-Gerichts-Ordnung in Betreff des neuen Vorbringens auch für das Verfahren beim Obergerichte Gesetzeskraft erlangt haben, so kommt es, in Anleitung derselben, theils auf die Zulässigkeit der neuen Beweismittel, theils auf die Erheblichkeit derselben an. Dieselben sind aber

1) für zulässig nach dem § 130 der Gerichts-Ordnung allerdings zu achten, wenn sie wirklich erst nach der Zeit, wo sie hätten beigebracht werden müssen, also erst nach dem Ab-

laufe des Beweistermins, den 20. Decbr. 1831, neu aufgefunden sind, und steht der Benutzung derselben der Umstand nicht entgegen, daß, wie so eben gezeigt worden, die sent. a qua, das Wette-Erkenntniß vom 6. März 1832, nicht schon per se gravans ist, indem es vollkommen statthaft ist, eine Beschwerde auch durch mere nova zu rechtfertigen.

c. 10 X. de fide instr. i. f.

Zwar bestreitet der Beklagte, daß sie für wirkliche nova zu achten seien um deswillen, weil die Kläger bei gehöriger Diligenz derselben auch schon hätten früher habhaft werden können, indem sich aus dem Vergleichsprotocolle, welches Kläger besessen, habe ersehen lassen, daß dem Abschlusse des Vergleichs Tractaten vor der Wette vorausgegangen seien. Allein, wenn gleich eine crassa et supina negligentia des Beweisführers in Herbeischaffung des nöthigen Beweises dem Gebrauche neuer Beweismittel im Wege stehen würde,

arg. l. 16. D. ex quibus causis majores,

so läßt sich eine solche den Klägern doch im vorliegenden Falle nicht beimessen, denn aus dem Vorgange von Vergleichsverhandlungen folgte nicht mit Nothwendigkeit, daß auch Protocolle über dieselben vorhanden sein müßten, und noch weniger, daß darin genaue Angaben über den Gang der Verhandlungen zu finden seien. Ebensowenig läßt sich

2) bezweifeln, daß die neuen Beweismittel auch wesentlich in die Entscheidung der Sache eingreifen, indem sich aus denselben ergibt, daß nicht nur der Gegenstand des dem Vergleiche voraufgegangenen Streites zwischen den Kerzengießern und den Commercirenden ein ganz anderer gewesen ist, als wie ihn der Beklagte in den frühern Verhandlungen angegeben hat, sondern, daß auch der Vergleich selbst dadurch in einem ganz andern Lichte erscheint.

Zufolge der erwähnten Wette-Protocolle ist nämlich

a) die erste Vergleichsproposition der Herrn der Wette vom 9. Juli 1755 dahin gegangen:

„daß zur Vermeidung des gar zu sehr hieselbst überhand „genommenen Verbrauchs der Petersburger Lichter das

„Gewicht der Lichtkisten zu 8 ℔ festgesetzt werde, und „also keine Kiste Petersburger Lichter, so unter solchem „Gewichte von 8 ℔ hält, hieselbst verkauft werden dürfe, „sondern, wenn allenfalls Kisten von geringerm Gewicht „ausgesendet werden, solche fortgesandt werden müßten."

Dieser Vorschlag ward von den Kerzengießern sofort angenommen. Die Commercirenden erklärten aber

b) laut Protocolls vom 4. Octbr. 1755, daß sie sich in dem Verkauf der Kisten Lichter die Hände nicht könnten binden lassen, weil dieser zum Commercio gehöre; daß sich daher die Kaufmannschaft zwar des Verkaufs von Lichtern en détail und bei einzelnen Liespfunden enthalten wolle, das Gewicht der Kisten aber, unter welchen keine verkauft werden dürfe, nicht determinirt werden könne. Dabei sind sie auch noch geblieben, als

c) laut fernern Protocolls vom 20. Febr. 1756 die Herrn der Wette einen Abschlag an dem Gewichte der Kisten von 2 ℔ proponirten, ungeachtet die Kerzengießer damit ebenfalls einverstanden waren; und erst, nachdem auf den Vorschlag des Schonenfahrer-Aeltermanns Wilcken das Gewicht auf 5 ℔ herabgesetzt ward und die Kerzengießer auch damit zufrieden waren, erklärten die Commercirenden

d) laut Vergleichs-Protocolls vom 23. April 1756, „wie „sie sich nunmehro gefallen ließen, daß das Gewicht der „Lichtkisten zu 5 ℔ festgesetzt werde, und also keine Kiste „Petersburger Lichter, so unter solchem Gewichte halte, hie„selbst von den hiesigen Kaufleuten verkauft werden müsse."

Nach dieser nunmehr zu den Acten gekommenen nähern Aufklärung der Sache war nicht das Gewicht, auf welches sich das Verbietungsrecht der Kerzengießer zu beschränken habe, der Gegenstand des Streites, sondern der Verkauf von Lichtern bei Kisten, und den Gegensatz zwischen dem Zugestandenen und Verweigerten bildete nicht der Verkauf von Lichtern in größern und kleinern Quantitäten, sondern der Verkauf von Kisten über oder unter einem gewissen Gewichte, so daß nicht bloß der Kleinverkauf bei Pfunden und Liespfunden dem

Kaufmann und Krämer untersagt sein sollte, sondern auch der Verkauf in Kisten unter dem bestimmten Gewichte.

Sind nun aber die erwähnten nova, dem Bisherigen zufolge, weder unzulässig noch unerheblich, so müssen sie in Gemäßheit § 132 der Gerichtsordnung an die Wet'e, als die erste Instanz, zur etwanigen weitern Instruction und abermaligen Entscheidung in der Hauptsache verwiesen werden, und bleibt es zunächst dieser Behörde überlassen, zu erwägen, ob und wie weit dieselben etwa für sich allein oder in Verbindung mit den schon früher producirten Beweismitteln und mit demjenigen, was sonst in den Acten enthalten sein mögte, zur Erbringung des Beweises für ausreichend zu achten. seien oder nicht.

Dagegen läßt sich denn auch kein Bedenken aus dem Beweisinterlocut vom 12. November 1831 und der in den frühern Entscheidungsgründen des O.-A.-Gerichts gegebenen Interpretation des Vergleichs, noch aus dem Umstande entnehmen, daß die producirten Verhandlungen dem Vergleiche voraufgegangen, nicht aber demselben nachgefolgt sind. Denn durch das frühere Erkenntniß ist nur soviel ausgesprochen, daß der Vergleich an und für sich einer mehrfachen Interpretation unterliege und daher zu dem von den Klägern zu liefernden Beweise allein nicht genüge; es ist aber denselben gerade der bessere Beweis in völlig allgemeiner Fassung nachgelassen, und dabei ging die Meinung nicht dahin, daß die Kläger gerade eine spätere Modification des Vergleichs durch neuere Ereignisse darthun müßten, sondern es ist bloß der Beweis des den Klägern zustehenden Verbietungsrechts gefordert, und dieser Beweis kann auch füglich durch Nachweisung des eigentlichen, der Absicht der Transigenten entsprechenden Sinnes des Vergleichs erbracht werden, für welche die dem Abschluß desselben voraufgegangenen Verhandlungen das besonders geeignete Interpretationsmittel sind.

Da jedoch zur Zeit das behauptete spätere Auffinden der nova nach dem Ablaufe der Beweisfrist noch nicht näher be-

scheinigt worden ist, so wird vor allen Dingen dieser Umstand constatirt werden müssen, und haben die Kläger sich in der vorigen Instanz zum juramentum novorum in Gemäßheit des J. R. A. § 73, gegenwärtig aber zur Beeidigung des neuen Auffindens nach dem § 131 der O.-A.-G.-Ordnung erboten. Von jenem Eide, wie ihn der J. R. A. nachläßt, welcher auch darauf hinausging, daß man es nicht für dienlich erachtet habe, von dem neuen Vorbringen früher Gebrauch zu machen, kann nun nach der im § 130 der O.-A.-G.-Ordnung enthaltenen Beschränkung der nova auf den Fall der neuen Entstehung oder der spätern Auffindung derselben nicht weiter die Rede sein. Dahingegen verstellt der § 131 der Gerichtsordnung es in das Ermessen des Gerichts, ob die Thatsache des neuen Auffindens von dem Producenten näher solle bescheinigt oder ob sie bloß durch den Eid und zwar entweder der Partei oder des Sachführers oder Beider solle bewahrheitet werden. Im vorliegenden Falle mußte nun die Beeidigung für genügend erachtet werden, indem es schon an und für sich viele Probabilität hat, daß die Kläger die neuen Beweismittel später aufgefunden haben, und bedarf es auch nur des Eides der Partei, nicht auch des Sachführers, da durchaus nicht anzunehmen ist, daß nicht derselbe sofort von den fraglichen Protocollen Gebrauch gemacht haben sollte, wenn sie schon früher aufgefunden und ihm bekannt gewesen wären.

Uebrigens war der Eid denjenigen Mitgliedern des klägerischen Amtes aufzuerlegen, welche zur Zeit des Ablaufs des Beweistermins, wo eigentlich von den Beweismitteln hätte Gebrauch gemacht werden sollen, Aelteste des Amtes waren, weil es vorzugsweise darauf ankommt, ob diese, als damalige Vertreter der Zunft, von den Protocollen- Wissenschaft gehabt haben.

CI. (153.)

Brose contra Voß.

Die Sache Brose, Kläger, contra Voß, Beklagten, betrifft den Widerspruch des Klägers als Nachbarn wider die Betreibung des Böttcherhandwerks im Hause des Beklagten, welcher sich dafür theils auf die Einwilligung des Klägers, theils auf Verjährung (Ausübung in Jahr und Tag) stützt.

Das Niedergericht erkannte, daß Kläger abzuweisen, er könnte denn beweisen,

entweder, daß er dem Vater des Beklagten seine Einwilligung nur widerruflich,

oder, daß er sie nur für die Person des Vaters des Beklagten, als Miethers des Hauses, ertheilt habe.

Dies Erkenntniß ward in zweiter und dritter Instanz (13. Septbr. 1832) bestätigt und in den Entscheidungsgründen des O.-A.-Gerichts ausgesprochen:

1) daß durch Stat. III. 12, 12. die Extinctiv-Verjährung der Klage aus dem nachbarlichen Verbietungsrechte so wenig ausgeschlossen sei, als die Acquisitiv-Verjährung der Gerechtigkeit zum Betriebe eines unleidlichen Gewerbes;

2) daß unter dieser Verjährung (bei unleidlichen Gewerben) aber in Uebereinstimmung mit den angesehensten Schriftstellern und der notorischen Praxis der Lüb. Gerichte die Verjährung von Jahr und Tag zu verstehen sei.

CII. (156A.)

Freitag contra Maleramt.

Die Aeltesten des Amts der Maler in Lübeck hatten den Jürgen Hinr. Freitag bei der Wette verklagt, weil er in seinem Hause verschiedene Malerarbeiten durch einen hiesigen verheiratheten Bürger und Tagelöhner, mit Namen Grage, hatte verrichten lassen, von welchem der Beklagte jedoch behauptete, daß er als Dienstbote bei ihm (für 130 ℔ jährl.) in festem Lohne stehe.

Die Wette erkannte am 26. Juli 1831:

daß der Denunciat (Bekl.) binnen 14 Tagen zu erweisen, daß Grage zu ihm in dem Verhältnisse eines wahren Dienstboten stehe.

Der Beklagte appellirte dagegen an's Obergericht und ergriff, als dieses sich, nach eingezogener Refutationsschrift der Kläger, ex officio für incompetent erklärte und die Appellation des Beklagten comp. exp., unter Vorbehalt des Recurses an den Senat, als unbehörig verwarf, die Berufung an das O.-A.-Gericht, von welchem unterm 15. Novbr. 1832 das Erkenntniß des Obergerichts vom 19. Jan. 1832 unter Vergleichung der Kosten wiederum aufgehoben, die Appellation des Beklagten wider das Wette-Erkenntniß für statthaft erklärt und die Sache an das Obergericht zurückverwiesen ward, um über den Grund oder Ungrund der wider das gedachte Erkenntniß aufgestellten Beschwerden zu entscheiden.

Nachdem hierauf das Obergericht das Wette-Erkenntniß am 3. Octbr. 1833 pure bestätigt und Beklagter auch dawider an das O.-A.-Gericht appellirt hatte, ward von letzterm unterm 24. Jan. 1834, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz, ebenfalls confirmatorisch entschieden.

Entscheidungsgründe.

Die von der Beklagten (Wwe. Freitag) anher ergriffene Appellation stellt sich als durchaus verwerflich dar und bedurfte es auch überall keiner weitern Verhandlung der Sache.

Es kommt zur Zeit bloß auf die Vertheilung der Beweislast an, indem es sich nämlich um die Frage handelt, ob, wie die Wette erkannt hat, die Beklagte beweisen müsse, daß der Arbeitsmann Grage zu ihrem Ehemann in dem Verhältniß eines wahren Dienstboten gestanden habe, oder ob nicht vielmehr, dem Antrage der Beklagten gemäß, zunächst den Klägern ein Beweis dahin, daß Grage zur Zeit der fraglichen Arbeit zu dem Erblasser der Beklagten in dem Verhältnisse eines Tagelöhners oder Arbeitsmannes gestanden habe, oder, was Beklagte für gleichbedeutend erachtet, dahin, daß Grage die Arbeit gewerbmäßig d. h. gegen Empfang eines für eben diese Arbeit ihm gegebenen Lohnes verfertigt habe, aufzuerlegen und ihr, der Beklagten, nur nachzulassen sei, das Dienstverhältniß des Grage im Gegenbeweise darzuthun. Nun kann es aber gar keinem erheblichen Zweifel unterliegen, daß zunächst die Beklagte die Last des Beweises übernehmen müsse.

Wenn man zuvörderst

1) bei dem Begriffe vom Zunftzwange stehen bleibt, wie er von den Schriftstellern und Rechtslehrern in großer Allgemeinheit aufgestellt wird, daß er nämlich in dem Rechte der Zunftgenossen bestehe, jedem Nichtberechtigten d. h. jeder zur Zunft nicht gehörigen Person die Verfertigung von Zunftarbeiten zu verbieten, so ergibt sich von selbst, daß es, wie schon das Obergericht bemerkt hat, zur Begründung der Klage genügt, daß die in Frage stehende Arbeit zünftige Arbeit und der Verfertiger ein Unzünftiger sei, und daß mithin von den Klägern auch nur diese beiden Punkte — welche im vorliegenden Falle nicht streitig sind — bewiesen zu werden brauchen. Dahingegen ist es eine wahre Ausnahme von der Regel, wenn ein Unzünftiger aus besondern Gründen Zunftarbeiten verfertigen, oder wenn Jemand sich eines Unzünftigen

zur Verfertigung solcher Arbeiten bedienen darf, und folglich muß das Vorhandensein derjenigen thatsächlichen Gründe, wodurch im einzelnen Falle die Ausnahme begründet wird, hier das Dienstboten-Verhältniß des Grage, als wahre Einrede von Demjenigen bewiesen werden, welcher sich darauf beruft.

Freilich beruhet nun die angegebene Begriffsbestimmung des Zunftzwangs — womit auch das Preuß. Landrecht II. 8, § 224 übereinstimmt — auf keiner positiven gemeinrechtlichen Vorschrift, und es ist nicht zu verkennen, daß sich derselbe auch mehr beschränken ließe, namentlich, wie die Beklagte will, auf ein Verbietungsrecht gegen jeden Betrieb des Handwerks als Gewerbe oder gegen jede gewerbsmäßige Verfertigung von Zunftarbeiten. Allein, es fragt sich nicht, wie der Begriff etwa theoretisch bestimmt werden könnte, sondern wie er von den Rechtslehrern und Schriftstellern nun einmal bestimmt worden und in die Praxis übergegangen, und da findet er sich denn allerdings in der angegebenen Maaße weiter gefaßt.

Mevius decis. IX. dec. 100. № 2.
Beyer, delin. jur. Germ. I. c. 15. § 3.
Estor, Rechtsgelehrsamkeit der Deutschen, III. § 288.
Weisser, Recht der Handw. § 97. 98.
Fricke, Recht der Handw. § 76.
Ortloff, Recht der Handw. § 97. 98.
Eichhorn, Deutsches Priv.-Recht § 382. (ed. 2.)
Mittermaier, D. Pr.-R. § 458. (ed. 3.)

Wollte man aber auch

2) auf die von der Beklagten aufgestellte Definition vom Zunftzwange eingehen, so ist ihr doch ebensowenig in der nähern Begriffsbestimmung als in der daraus für die Beweislast abgeleiteten Folgerung beizupflichten. Sie umschreibt nämlich den Ausdruck „gewerbsmäßig verfertigte Arbeit" dahin, daß darunter diejenige Arbeit zu verstehen sei, welche Jemand gegen specielle Bezahlung eben dieser Arbeit verfertige, und sie will mithin den Zünften ein Verbietungsrecht nur da einräumen, wo eine Zunftarbeit von einem Unzünf-

tigen gegen specielle Bezahlung eben dieser Arbeit verfertigt worden. Das ist aber in aller Hinsicht unrichtig. Denn auf der einen Seite treibt auch der ein Handwerk als Gewerbe, welcher dasselbe zu seiner regelmäßigen Beschäftigung und zum Mittel, seinen Unterhalt zu verdienen, macht, wenn er gleich für die einzelne von ihm verfertigte Arbeit keine specielle, aber doch im Allgemeinen eine Bezahlung erhält. So fällt die Arbeit des zünftigen Schornsteinfegers, Barbiers und Anderer auch dann unter die gewerbmäßige Arbeit, wenn sie gleich nur in Jahreslohn verrichtet wird. Auf der andern Seite aber hat es keinen Anstand, daß die Zünfte auch solche Arbeit unter ihr Verbietungsrecht ziehen können, mit welcher Jemand zwar kein regelmäßiges Gewerbe treibt, welche er jedoch ein einzelnes Mal aus besondern Gründen gegen Bezahlung verrichtet, z. B. wenn ein Bauherr eine Person, welche bloß für sich und zu ihrem Vergnügen Tischlerarbeit verfertigt, bei jenem Bau zur Verfertigung irgend einer solchen einzelnen Arbeit gegen Bezahlung anstellen wollte. Demnach könnte der Begriff des Zunftzwangs im Sinne der Beklagten nur dahin bestimmt werden, daß er das Recht sei, allen nicht zünftigen Personen die Verfertigung von Handwerksarbeiten für Andere und gegen Bezahlung zu untersagen. Da nun aber der Dienstbote, wenn er für seinen Herrn arbeitet, ebenfalls für einen Andern die Arbeit verfertigt, und zwar für Bezahlung — indem er für seine Dienstleistungen Lohn empfängt — so ist die Befugniß, den Dienstboten zur Verfertigung von Zunftarbeiten zu verwenden, auch wenn man den Begriff des Zunftzwanges enger bestimmt, nicht minder eine Ausnahme von der Regel, welche ihren Grund nicht darin hat, daß der Dienstbote nicht für jede einzelne Arbeit besonders bezahlt wird, sondern darin, daß er zur Familie des Herrn gehört, für den er arbeitet, und daß es die bürgerliche Freiheit zu sehr beschränken würde, wenn man nicht einmal die Kräfte und Kenntnisse, welche den zur Familie gehörenden Personen zustehen, zur Befriedigung der Bedürfnisse des eigenen Hauswesens verwenden dürfte. Daraus

folgt dann aber von selbst, daß, wer sich auf ein solches Dienstbotenverhältniß zur Beseitigung einer Klage aus dem Zunftzwange beruft, auch nach dem engern Begriffe des letztern nicht minder den Beweis solcher Ausnahme übernehmen muß.

Endlich aber kann

3) diese Ansicht von der Vertheilung der Beweislast am Wenigsten in Lübeck einiges Bedenken finden, wo das Verbietungsrecht der Aemter sogar obrigkeitlich für ein an sich ganz allgemeines anerkannt ist, nämlich in dem bekannten Mandate vom 1. Novbr. 1735, in welchem sub III. verordnet worden ist: „daß die unter dieser Stadt und Weichbild „Gehörigen aller und jeder hiesigen Aemtern nachtheiliger Ar„beit sich gänzlich zu enthalten schuldig seien."

Demnach haben die Aemter und Zünfte unter allen Umständen die Regel für sich, und jeder Fall, wo ein Unzünftiger nichtsdestoweniger eine Zunftarbeit zu verfertigen sich befugt erachtet, muß als eine besondere von ihm zu beweisende Ausnahme angesehen werden.

Wenn übrigens die Beklagte sich

4) auch noch darauf beruft, daß die Kläger selbst ihre Klage auf den Umstand gestützt hätten, daß Grage nur ein Arbeitsmann und kein Dienstbote sei, so ist es doch eine bekannte Sache und schon oft vom O.-A.-Gericht ausgesprochen, daß nicht Alles, was ein Kläger in seiner Klage in facto erwähnt, auch zu seinem Beweise verstellt werden müsse, sondern nur das, was wirklich zum Fundament seiner Klage gehört.

CIII. (157A.)

Hartz contra Hartz.

Carl Andr. Hartz in Hamburg klagte im Jahre 1830 wider seinen Bruder Hans Jacob Hartz zu Diffau bei dem Landgericht auf Rückzahlung eines am 1. April 1821 ihm geliehenen Capitals von 3000 ℳ.

Der Beklagte suchte excipiendo, eventualiter reconveniendo die Gegenforderung geltend zu machen, daß Kläger über den von ihm verwalteten und realisirten Nachlaß ihres gemeinschaftlichen, im Jahre 1811 zu Brody verstorbenen Bruders Ludwig Hartz — von welchem Nachlaß dem Beklagten nur 1391 ℔ 3 ß ausbezahlt worden — Rechnung abzulegen, die Erbschaftspapiere zu ediren und den etwanigen Saldo auszukehren habe.

Beklagter ward, unter Verwerfung der illiquiden Compensations-Einrede und Verweisung der Reconvention ad separatum, zur Zahlung der eingeklagten 3000 ℔ vom Landgericht verurtheilt, und stellte nun eine separate Widerklage beim Landgericht an, worin er bat:

den Widerbeklagten schuldig zu erkennen, dem Widerkläger als Miterben an der Masse des Ludwig Hartz specificirte Rechnung über die Verwaltung und Regulirung derselben, unter Producirung der Original-Belege, abzulegen, eventualiter aber den ihm laut Ausweis der Rechnung etwa noch zukommenden Saldo auszukehren, ref. exp.

Der Widerbeklagte schützte unter andern (später aberkannten) Einreden die Behauptung vor, daß die Vertheilung des qu. Nachlasses bereits im Jahre 1814 geschehen und vom Widerkläger als richtig anerkannt sei, wofür er als Beleg folgende Quitung beibrachte:

Daß ich von meinem Bruder Carl Andr. Hartz in Hamburg den mir aus der Erbschaftsmasse meines sel. Bruders Ludwig Hartz laut erhaltener Abschlußrechnung zukommenden Antheil von Bco. ℔ 1131. 1 ß 23 ₰ Agio mit Cour. 1391 ℔ 3 ß erhalten habe, bescheinige hiemit.

Dissau, den 18. Juli 1814.

Hans Jacob Hartz.

Nachdem inzwischen der Widerkläger verstorben war, ward von dessen Sohn Andreas der Proceß fortgesetzt und replicando die Aechtheit der obigen Quitung geläugnet, worauf das Landgericht am 20. Jan. 1832 erkannte,

„daß Widerbeklagter schuldig sei, dem Widerkläger über die Nachlaßmasse des Ludwig Hartz ordnungsmäßige Rechnung abzulegen und demselben demnächst den ihm etwa noch zukommenden Saldo auszukehren, auch die Proceßkosten zu erstatten, er könnte denn entweder durch den Erweis der Aechtheit der producirten Quitung oder anderweit, wie Recht, erweisen:

daß der Vater des Widerklägers sich mit der Zutheilung der bereits empfangenen 1391 ℳ 3 ß als dem ihm aus dem Nachlaß des Ludwig Hartz zukommenden Erbantheile zufrieden bezeigt habe."

Auf Appellation des Widerklägers ward vom Obergericht am 5. April 1832 abändernd erkannt:

„daß Widerbeklagter schuldig sei, dem Widerkläger sämmtliche, den Activ- und Passiv-Zustand, die Realisirung und Verwaltung des Nachlasses des Ludw. Hartz betreffende Papiere und Documente im Originale, vorläufig auf Kosten des Widerklägers, vorzulegen, worauf sodann auf fernere Anträge des letztern über etwanige, aus der Verwaltung und Vertheilung des gedachten Nachlasses abzuleitende Ansprüche weiter zu erkennen sei, was Rechtens."

Die Kosten der Instanz wurden stillschweigends compensirt.

Wider dies Erkenntniß legte die Wittwe und Rechtsnachfolgerin des mittlerweile ebenfalls verstorbenen Widerbeklagten die Ober-Appellation ein, es erfolgte jedoch vom O.-A.-Gericht am 13.-Juni 1833 in materialibus pure Bestätigung unter Vergleichung der Kosten.

Entscheidungsgründe.

— Anlangend die Sache selbst, so war das obergerichtliche Erkenntniß lediglich zu bestätigen.

Es kommt dabei auf die beiden Fragen an:

I. ob die Edition der den Nachlaß des Ludwig Hartz betreffenden Papiere der Widerbeklagten überhaupt aufzuerlegen und

II. ob sie zu derselben unbedingt zu verurtheilen oder ihr dawider der Beweis der Einrede nachzulassen ist, daß der Vater des Widerklägers sich mit der im Jahre 1814 von dem Ehemann der Widerbeklagten empfangenen Summe, als dem ihm zukommenden Erbtheile, zufrieden bezeigt habe.

Soviel nun die erste Frage ad I. betrifft, so will die Widerbeklagte die Zulässigkeit des gedachten Editionsantrages

1) aus drei formellen Gründen bestreiten, nämlich:

a) Derselbe sei eine unstatthafte mutatio libelli, indem im Reconventionslibelle das petitum nur auf Rechnungsablage unter Production der Belege und auf eventuelle Auskehrung des Saldo's gerichtet, der Antrag auf Edition der Erbschaftspapiere hingegen erst nach der Litiscontestation in der Replik vorgebracht worden sei; auch habe ihr Ehemann, da derselbe die Einlassung auf den letztern Antrag verweigert, sich dawider nicht gehörig vertheidigt und es habe keine erschöpfende Verhandlung darüber Statt gefunden.

b) Jener Antrag könne ferner nicht in foro reconventionis angebracht werden, da derselbe auf dem Miteigenthum des Widerklägers an den Erbschaftspapieren beruhe, mithin die Natur einer actio in rem habe.

c) Endlich sei auch der gedachte Antrag durch das landgerichtliche Erkenntniß schon rechtskräftig aberkannt gewesen; denn da das Landgericht nicht bedingt auf die Edition der Erbschaftspapiere, sondern nur bedingt auf Rechnungsablage erkannt, der Widerkläger hingegen seine Beschwerde in der vorigen Instanz dahin aufgestellt habe, daß vom Landgerichte bedingt auf die Edition der Erbschaftspapiere erkannt sei, so sei diese Beschwerde gegen ein gar nicht vorhandenes decisum gerichtet worden, also nicht zu beachten gewesen.

Diese Gründe sind nun aber sämmtlich unrichtig. Denn, was den ersten unter a) anlangt, so enthalten die Acten erster Instanz über den Editionsantrag Folgendes:

In dem frühern, mit der Vernehmlassung in conventione verbundenen Reconventionslibelle war das petitum mit klaren Worten auf

„Edition der, die Erbschaft des Ludw. Hartz betreffenden Originalpapiere und eventualiter Auszahlung des dem Beklagten nach Inhalt dieser Papiere noch zukommenden Saldo's"

gerichtet.

Nachdem diese Widerklage ad separatum verwiesen worden, wurde in dem neuen Reconventionslibelle zuerst der Inhalt der obigen frühern Schrift wiederholt und hierbei als Gegenstand des damaligen petiti angegeben:

„Rechnungsablage, Edition der zur Masse gehörigen Original-Papiere und event. Auskehrung des ihm zukommenden Saldo's."

Auch, als der Widerkläger hierauf zu seinem nunmehr aufzustellenden petitum überging, deducirte er bei der Begründung desselben wiederum, daß ihm neben dem Rechte auf Rechnungsablage ein selbstständiges Recht auf die Edition der Erbschaftspapiere zustehe:

„Läßt sich nun das Recht der Erben, vom Testamentsvoll„strecker Rechnungsablage zu fordern, nicht bestreiten, kann „er jederzeit Einsicht der zur Erbschaftsmasse gehörigen Pa„piere fordern — so ist auch seine Bitte gerechtfertigt" ꝛc.

Dahingegen war freilich das petitum selbst so gefaßt:

„den Widerbeklagten schuldig zu erkennen, dem Widerkläger „als Miterben an der Masse des Ludwig Hartz speci„ficirte Rechnung über die Verwaltung und Regulirung „derselben, unter Producirung der Original-Belege, abzu„legen, eventualiter aber — den ihm laut Ausweis der „Rechnung etwa noch zukommenden Saldo auszukehren,"

wie denn auch das rubrum der Widerklage dahin lautete:

„peto. Rechnungsablage und Auskehrung des sich ergeben„den Saldo's."

Es war mithin in diesem Libell von der Edition der Erbschaftspapiere wiederholt und ausdrücklich als von einem

selbständigen, dem Widerkläger zustehenden und durch die Widerklage zu verfolgenden Rechte die Rede, und es entstand nur daraus eine Undeutlichkeit, daß das petitum mit dem übrigen Inhalt der Schrift nicht übereinstimmte; wogegen auch nicht etwa eingewandt werden kann, daß dieser übrige Inhalt der Schrift nicht zu berücksichtigen gewesen sei, indem es allerdings statthaft ist, das petitum aus dem Inhalt der Schrift zu ergänzen.

Wenn nun bei dieser Lage der Sache der Widerkläger, nachdem der damalige Widerbeklagte in der Exceptionsschrift den Libell so aufgefaßt hatte, als sei die Widerklage nur auf Rechnungsablage und eventuelle Auskehrung des Saldo's gerichtet, in der Replik erklärt hat, daß in seiner Widerklage daneben auch noch selbstständig auf die Edition der Erbschaftspapiere angetragen worden sei, so war dies offenbar keine mutatio libelli, sondern eine, auch nach Lübischem Rechte völlig zulässige Erläuterung der Klage, wobei es einer Ausübung des richterlichen officii suppletorii nicht einmal bedurfte.

Hätten sich daher Widerbeklagte nunmehr in der Duplik und in den folgenden Instanzen gegen den Editionsantrag nicht vertheidigt, so würde dies, da sie die Einlassung auf denselben nicht verweigern durften, ein Verschulden sein, dessen Folgen sie zu tragen hätten. Sie haben sich aber auch wirklich dagegen vertheidigt; denn in der Duplik ist nicht nur die Einrede der Incompetenz des fori reconventionis für den gedachten Antrag vorgeschützt, sondern auch, quoad materialia, erklärt worden, daß demselben eventualiter eben die nämlichen Einreden entgegenständen, welche gegen den Antrag auf Rechnungsablage vorgebracht seien, worin eine förmliche eventuelle Einlassung liegt; und in der jetzigen Instanz hat die Widerbeklagte gar nichts Positives anzuführen vermogt, womit sie sich außerdem noch vertheidigen könnte, indem die von ihr als eine bloße Möglichkeit hingeworfene Andeutung, „es „könne ja vielleicht sein, daß nicht sie, sondern ein anderer „Miterbe oder wohl gar Widerkläger selbst sich im Besitz der

„Erbschaftspapiere befinde," um so weniger Beachtung verdient, da ihr Ehemann gegen den in dem Reconventionslibelle enthaltenen Antrag: „bei der Rechnungsablage die Originalbelege zu produciren," die Einrede, daß er die letztern nicht mehr besitze, nicht vorgebracht, also den Besitz der Erbschaftspapiere, von welchen jene Originalbelege den wesentlichsten Theil ausmachen, eingeräumt hat.

Der zweite Einwand unter b) ferner ist in jeder Hinsicht ungegründet, da

theils das forum reconventionis als ein allgemeines forum für alle, nicht auf ein bestimmtes forum speciale beschränkte, Klagen, allerdings auch für actiones in rem competent ist, indem die Letztern nicht bloß in dem forum speciale rei sitae, sondern auch in dem forum generale domicilii angestellt werden können,

Martin, Civilproceß, § 47, Note f.

theils der vorliegende Editionsantrag nicht bloß durch das Miteigenthum des Widerklägers, sondern auch durch die persönliche Verpflichtung des Ehemannes der Widerbeklagten, als Administrators des Nachlasses, begründet wird, mithin zugleich die Natur eines jus in personam hat.

Die Grundlosigkeit der dritten Behauptung unter c) endlich erhellt aus dem Inhalt des Appellationslibells voriger Instanz des Widerklägers, worin sowohl der erste Satz der Beschwerde:

„daß die erbetene Vorlegung der auf die Erbmasse des Ludwig Hartz Bezug habenden Papiere nicht pure dem Gegner auferlegt worden,"

als auch das petitum:

„den Appellaten schuldig zu erkennen, dem Appellanten „sämmtliche auf die Erbmasse sich beziehende Papiere vor„zulegen,"

ganz bestimmt und ausdrücklich auf die jetzt von dem Obergericht erkannte Abänderung des landgerichtlichen Urtheils gerichtet und es daher unerheblich war, wenn in dem Nachsatze der Beschwerde:

„sondern nur unter der Bedingung, daß Appellat den ihm „freigelassenen Beweis nicht zu führen vermöge,"

der Inhalt des ersten Erkenntnisses nicht ganz richtig angegeben wurde.

Soviel hier zunächst

2) die Materialien des Editionsantrages betrifft, so kann die rechtliche Begründung desselben theils durch das Miteigenthum des Widerklägers an den Erbschaftspapieren, theils durch das persönliche Verhältniß des verstorbenen Ehemannes der Widerbeklagten, als Administrators des Nachlasses, keinem Zweifel unterliegen; und ist auch der Besitz der gedachten Papiere aus den oben angeführten Gründen als eingeräumt zu betrachten.

Die Widerbeklagte hat dagegen, außer der Einrede, daß sich der Vater des Widerklägers mit der im Jahre 1814 empfangenen Summe als dem ihm zukommenden Erbtheile zufrieden bezeigt habe, und außer der bereits rechtskräftig verworfenen Einrede der Verjährung, den Einwand vorgebracht, da sich die Papiere in Hamburg befänden, so sei sie nicht schuldig, dieselben von da nach Lübeck zu transportiren und sich hiedurch einer Gefahr und Verantwortlichkeit auszusetzen.

Dieser Einwand konnte nun einer Verurtheilung der Widerbeklagten zu der gedachten Edition in dem jetzigen Processe an sich nicht entgegenstehen, sondern betrifft nur den Ort, wo die Vorlegung der Papiere vorgenommen werden soll; er ist aber auch in dieser letztern Hinsicht unbegründet. Denn es ist Regel, daß die Edition von Urkunden, auch wenn sie sich an einem andern Orte befinden, auf Verlangen des Gegners in dem Forum des anhängigen Processes geschehen muß;

l. 11. § 1. D. ad exhib. l. 12. § 1. D. depositi.

und besondre Gründe, weshalb von dieser Regel abzuweichen wäre, sind in dem vorliegenden Falle nicht vorhanden.

Die Kosten des Transports muß freilich nach den eben angezogenen Gesetzen der Widerkläger tragen; in dieser Hinsicht

ist aber der Widerbeklagten Nichts aberkannt, vielmehr dem Widerkläger in dem obergerichtlichen Erkenntnisse die Bestreitung jener Kosten vorläufig aufgegeben worden.

Die Verurtheilung der Widerbeklagten zu der mehrerwähnten Edition ist nun auch ferner

ad II. vom Obergericht mit Recht unbedingt erkannt worden.

An sich nämlich ist das Recht des Widerklägers auf die Einsicht der Erbschaftspapiere von der Einrede, daß sich sein Vater mit der empfangenen Summe als dem ihm zukommenden Erbtheile zufrieden bezeigt habe, ganz unabhängig; die letztere könnte also nur indirect zur Beseitigung des Editionsantrags dienen, wenn durch dieselbe der Antrag auf Auskehrung eines etwa noch vorhandenen Saldo's elidirt würde, indem nach der ganzen Tendenz der Widerklage und der eignen Erklärung des Widerklägers der Editionsantrag nur zu dem besondern Zweck gemacht worden ist, um dadurch den Antrag auf Auskehrung des Saldo's vorzubereiten. Dieser Fall tritt hier aber nicht ein; denn da die fragliche Einrede nicht dahin geht, daß über den Betrag des an den Vater des Widerklägers auszukehrenden Erbtheils ein Transact Statt gefunden, sondern nur dahin, daß derselbe die ihm von dem Ehemanne der Widerbeklagten vorgelegte Rechnung als richtig anerkannt habe, so wird durch jene Einrede zwar der Antrag auf eine nochmalige Rechnungsablage, hingegen nicht der Anspruch auf Auskehrung eines Saldo's ausgeschlossen, sofern der Widerkläger seinerseits die Existenz eines Saldo's, mithin die Unrichtigkeit der früher vorgelegten Rechnung nachweisen würde.

Die Kosten dieser Instanz waren bei dem Wechsel der Erkenntnisse und mit Berücksichtigung des dem ursprünglichen Widerkläger hinsichtlich der undeutlichen Fassung des Libells zur Last fallenden Verschuldens gegen einander aufzuheben.

(157 B.)

In dem darauf erfolgten Editionsverfahren kam es ferner zu mehrfachen Appellationen von beiden Theilen und zu einem theilweise reformatorischen Erkenntnisse des O.-A.-Gerichts vom 11. Febr. 1836, aus dessen Entscheidungsgründen folgender Abschnitt von allgemeinerem Interesse sein dürfte:

— II. Die Widerbeklagte beschwert sich ferner, daß ihr die Edition der Handlungsbücher ihres verstorbenen Ehemannes, soweit solche auf den Nachlaß des Ludwig Hartz Bezug haben, im Originale aufgegeben und nicht vielmehr gestattet worden sei, beglaubigte Abschriften der betreffenden Stellen vorzulegen.

Diese Beschwerde ist aber ungegründet. Denn, daß die Widerbeklagte in der Regel schuldig ist, die in ihrem Besitz befindlichen Urkunden im Originale zu ediren, hat sowohl nach den allgemeinen Grundsätzen von der Editionspflicht als auch nach der desfallsigen speciellen Bestimmung in dem rechtskräftigen Erkenntnisse vom 5. April 1832 keinen Zweifel; und besondere Gründe, weshalb von dieser Regel bei den fraglichen Handlungsbüchern eine Ausnahme zu machen wäre, sind nicht vorhanden.

Wenn nämlich die Widerbeklagte dafür

1) angeführt hat, daß sie die Bücher in Hamburg nicht entbehren und daher nicht im Original nach Lübeck schicken könne, so ist dieser Punkt jetzt beseitigt, da ihr das Obergericht — unter der Bedingung der Bescheinigung oder Beeidigung jenes Umstandes — die Edition der Bücher in Hamburg gestattet und sie über die Auflage der Bedingung keine Beschwerde geführt hat.

Wenn sie sich ferner

2) auf den in dem Präjudicate des O.-A.-Gerichts in Sachen Schlesinger contra Schwarz vom Jahre 1826 ausgesprochenen Grundsatz beruft, daß man bei einer Beweisführung durch Handlungsbücher den Beweis nicht sofort durch das Original anzutreten brauche, sondern auch durch

beglaubigte Auszüge antreten könne, so findet dieser Grundsatz, welcher übrigens kein jus singulare bei Handlungsbüchern ist, sondern beim Urkundenbeweise überhaupt gilt, offenbar keine Anwendung auf die Edition; indem ja die Antretung des Beweises nur der Anfang des Beweisverfahrens ist und hier bei dessen Fortgange die Vorlegung des Originals noch verlangt werden kann, während die Edition einen selbstständigen und definitiven Act bildet.

3) Der von der Widerbeklagten weiter angeführte Umstand, daß sich der übrige, auf den Nachlaß des Ludwig Hartz keinen Bezug habende und daher nicht zu edirende Theil der Handlungsbücher von dem zu edirenden Theile derselben nicht trennen lasse, ist gemeinrechtlich kein Grund, welcher den Editionspflichtigen berechtigen könnte, den zu edirenden Theil der Urkunde, statt im Original, nur in Abschrift vorzulegen; sondern in dergleichen Fällen wird bekanntlich entweder der nicht zu edirende Theil der Urkunde versiegelt, oder es wird dem Gegner die Einsicht der Urkunde nur in einem angesetzten Termine und im Beisein des Gerichts und des Edenten gestattet und hiebei Sorge getragen, daß er nur von dem zu edirenden Theile Einsicht erhält.

4) Der Einwand endlich, der Widerkläger habe bei der Vorlegung der Originalbücher kein Interesse, weil es hier nur auf die in denselben über den Nachlaß des Ludw. Hartz enthaltenen Notizen, nicht aber auf die übrige Beschaffenheit der Bücher ankomme, ist theils unerheblich, da der Widerkläger ein bestimmtes Recht ex re judicata auf die Vorlegung der Originale hat, theils ungegründet, weil es denselben allerdings interessirt, sich durch die Ansicht der Bücher, worin sich die edirten Folien befinden, davon zu überzeugen, daß solche wirklich Handlungsbücher des Ehemannes der Widerbeklagten und was für eine Art von Handlungsbüchern seien, um event. auf die Edition anderer Bücher antragen zu können.

CIV. (158.)

Charles Koehl contra Joh. Grabau.

In Sachen Charles Koehl zu Jumet in Brabant, Kläger, Widerbeklagten, Appellanten,

contra

Joh. Grabau, Beklagten, Widerkläger, Appellaten,

Forderung und Gegenforderung betr.,

war vom Niedergericht dem Beklagten, welcher vom Kläger 200 Kisten weißes Fensterglas Prima-Qualität gekauft, von der erhaltenen Lieferung auch 55 Kisten bereits verkauft, jedoch wegen der dabei entdeckten Mängel der Waare die Zahlung des Restes der Kaufsumme (3300 fl.) verweigert und reconveniendo Rückzahlung zu viel entrichteter 537 fl. gefordert hatte, auf eingereichte Klage des Verkäufers und Vernehmung des Beklagten, am 10. Juli 1830, salva rep. der Beweis auferlegt worden:

„daß das in Folge seines Auftrages vom Kläger „in 200 Kisten empfangene weiße Fensterglas ent„weder voller Blasen sei oder auch schon bei sei„ner Ankunft in Amsterdam blind war und daher „für bestes, weißes, starkes Glas nicht gelten „könne, wenigstens, daß das Glas bei seiner An„kunft in Lübeck blind gewesen und daß dieser „Fehler entweder in innern Mängeln der Waare „seinen Grund gehabt oder durch ein vom Klä„ger bei der Verpackung oder bei der Wahl der „Mittel zum Transport von Amsterdam nach Lü„beck begangenes Versehen veranlaßt worden sei „— und daß ihm, dem Beklagten, aus der schlech„ten Beschaffenheit der Waare Schaden erwachsen „und wie hoch sich derselbe belaufen habe."

Auf beiderseitige Appellation erkannte das Obergericht am 14. Mai 1831 resp. bestätigend und ergänzend: daß Beklagter zu erweisen habe:

„1) daß die von ihm committirten und empfangenen 200 Kisten weißes Fensterglas, oder wie viele derselben und in welcher Maße, entweder voll von Blasen sind oder bei der Ankunft in Amsterdam schon blind waren oder doch erblindet hier ankamen, und im letztern Fall dieses Blindsein entweder in der ursprünglichen fehlerhaften Beschaffenheit des Glases seinen Grund habe oder durch ein Verschulden des Klägers bei der Verpackung und Versendung nach Amsterdam veranlaßt sei, oder aber für bestes weißes, starkes, brabantisches Fensterglas nicht gelten könne;

2) daß aus solcher fehlerhaften Beschaffenheit des fraglichen Glases dem Beklagten Schaden erwachsen sei und wie hoch sich solcher belaufe;

wobei dem Kläger der Gegenbeweis überhaupt und namentlich dahin vorbehalten worden, daß das Erblinden mit der Substanz des committirten Glases unabwendlich verbunden sei, der Reinheit desselben nicht schade und auf leichte Weise gehoben werden könne."

Auf abermalige Appellation beider Theile erkannte dann das O.-A.-Gericht am 15. April 1833 theils bestätigend, theils näher bestimmend: daß Beklagter schuldig zu erweisen:

1) daß und in welcher Maaße das in den empfangenen 200 (202) Kisten oder in wie vielen derselben ihm gelieferte weiße Fensterglas

entweder nicht für bestes, weißes, starkes, brabantisches Fensterglas erster Qualität gelten könne,

oder voll von Blasen sei,

oder aber entweder schon bei seiner Ankunft

in Amsterdam erblindet gewesen, oder doch später erblindet sei und in diesem Falle das Blindsein entweder in der ursprünglich fehlerhaften Beschaffenheit des Glases oder in einem dem Kläger bei der Verpackung oder Versendung desselben zur Last fallenden Verschulden seinen Grund habe,

sowie,

2) falls Beklagter bei der wegen der schon veräußerten 55 Kisten gemachten Schadenersatzforderung zu beharren gemeint sein sollte,

daß ihm aus der fehlerhaften Beschaffenheit dieser 55 Kisten oder wie vieler derselben ein Schaden erwachsen sei, und wie hoch sich solcher belaufe,

wobei dem Kläger der Gegenbeweis überhaupt und namentlich dahin vorbehalten worden:

daß das Erblinden mit der Substanz des committirten weißen brabantischen Glases, auch bei gehöriger Fabrication desselben, unabwendlich verbunden sei, der Reinheit desselben nicht schade und auf eine leichte Weise gehoben werden könne.

Unter Aussetzung der Kosten erster Instanz und Vergleichung der Kosten beider Appellations-Instanzen.

Entscheidungsgründe.

Da die Klage, so weit es für jetzt darauf ankommt, in allen Theilen eingestanden ist, so machen nur die Einreden und die Widerklage des Beklagten einen Gegenstand der Entscheidung aus. Dieselben gehen aber im Wesentlichen dahin, daß der Kläger die ihm ertheilte Ordre, bestes, weißes, starkes Fensterglas von durchaus erster Qualität zu liefern, nicht erfüllt, sondern statt dessen schlechtes, blindes Glas und voll von Blasen geliefert habe, weshalb der Beklagte bittet, in

Ansehung der noch unverkauften 147 Kisten ihn von der erhobenen Klage zu entbinden und vielmehr den Kläger zur Erstattung der für dieselben ausgelegten Spesen von Amsterdam bis Lübeck, so wie des, vermöge der Verehrung der ersten klägerischen Tratte, bereits mehr als den Betrag der übrigen 55 Kisten Gezahlten schuldig zu erkennen, in Ansehung dieser bereits verkauften 55 Kisten aber den Kläger zu verurtheilen, ihm den auf solche Parthei erlittenen Schaden zu ersetzen. Wenn nun

I. der Kläger principaliter darauf anträgt, unter gänzlicher Verwerfung dieser Einreden, den Beklagten ohne Weiteres in das libellatum sammt Zinsen und Kosten zu verurtheilen, so konnte diesem Antrage keine Statt gegeben werden. Der Kläger macht dafür folgende Gründe geltend:

1) die von dem Beklagten zur Hand genommenen Rechtsmittel aus dem ädilitischen Edicte seien längst verjährt, die, überdies nicht einmal geltend gemachten Rechtsmittel aus dem Contracte aber gingen nicht auf Redhibition;

2) da der Beklagte die Waare empfangen und ohne Rüge Monate lang auf dem Lager behalten, ja sogar zum Theile schon wieder verkauft habe, so liege darin eine Approbation der Waare, und könne der Beklagte nicht noch hinterher Ausstellungen hinsichtlich der Qualität derselben machen;

3) jedenfalls sei der Anspruch auf Schadensersatz wegen der 55 Kisten viel zu vage und unbestimmt vorgetragen und könne aus diesem Grunde nicht beachtet werden.

Allein man kann es

ad 1) gänzlich dahingestellt lassen, ob und in wie weit nach Lage der Sache die Rechtsmittel aus dem Edicte der Aedilen bereits für verjährt zu achten gewesen oder nicht, da es eine durchaus actenwidrige Behauptung ist, daß der Beklagte sich zu seiner Vertheidigung dieser Rechtsmittel und nicht der Rechtsmittel aus dem Contracte bedient habe, indem er sich im Gegentheile lediglich auf die Nichterfüllung der ertheilten Ordre und der contractlichen Zusage des Klägers stützt, und mit ausdrücklichen Worten erklärt, daß er gerade

die ihm aus dem Kaufcontracte zustehenden Rechte zunächst geltend zu machen gemeint sei.

Exc. erster Inst. S. 5.

Dupl. S. 27.

Daß nun mit der actio emti das Interesse hinsichtlich der bereits verkauften 55 Kisten Glas allerdings gefordert werden könne, das versteht sich von selbst, und ist in so weit der ganze Einwand unzutreffend. Es ist aber auch nicht minder unrichtig und der klaren Vorschrift der Gesetze

l. 11. § 3. 5. D de A. E. V.

widersprechend, daß mit der actio (resp. exceptio) emti nicht auf Rescission des Contracts angetragen werden könne, nicht zu gedenken, daß der Antrag des Beklagten, so viel die noch unverkauften 147 Kisten anbelangt, gar nicht direct auf Redhibition der Waare geht, sondern nur folgeweise dahin führt, in so fern nämlich der Antrag des Beklagten principaliter darauf gegründet wird, daß, da er die versprochene Waare nicht erhalten, er dieselbe auch zu bezahlen nicht schuldig sei, und, falls er hiemit durchdringen sollte, dem Kläger, da ihm nicht jetzt noch gestattet werden kann, eine andere Waare zu liefern, nichts anders übrig bleibt, als die noch unverkauften 147 Kisten Glas zurück zu nehmen.

So viel aber

ad 2) den Empfang der Waare und die Disposition über dieselbe anbetrifft, so ist zuvörderst

a) von selbst einleuchtend, daß die bloße Annahme der ihm aus der Fremde zugesandten Waare und der Umstand, daß er dieselbe bei sich auf Lager gebracht hat, dem Beklagten nicht präjudiciren könne, da er als Committent sich derselben auf jeden Fall annehmen mußte. Aber auch

b) die Disposition über einen Theil der Waare steht den Ansprüchen des Beklagten nicht entgegen. Zwar wird von Manchen mit großer Allgemeinheit behauptet, daß der auswärtige Empfänger einer bestellten Waare sie gleich nach ihrem Empfange zur Disposition des Absenders stellen müsse, wenn er sie fehlerhaft finde und dieses gegen den Absender

geltend machen wolle. Allein diese Ansicht läßt sich schon überhaupt nicht billigen,

v. Berg, Beobacht. und Rechtsfälle, Th. II. № 14.

Cropp in den Jurist. Abh. Bd. I. № 11. Note 4.

Was aber den vorliegenden Fall insbesondere anbetrifft, so wird in Ansehung der noch unverkauften 147 Kisten Glas dadurch, daß schon 55 Kisten verkauft sind, die Redhibition — von der, wie gesagt, hier im eigentlichen Sinne nicht einmal die Rede ist — an sich nicht unthunlich, da es keinen Anstand hat, daß res fungibiles auch theilweise redhibirt werden können, wenn ein Theil derselben der geleisteten Zusage nicht entspricht, sondern mangelhaft erscheint, und ist der Einwand des Klägers, daß dasjenige, was uno pretio gekauft worden, auch nur ganz, nicht theilweise, redhibirt werden könne, weder an sich richtig,

Gesterding, Abhandlungen aus der Lehre vom Edicte der Aedilen, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. VI. S. 42 ff.,

noch ist er hier zutreffend. — Aber auch in Ansehung der bereits verkauften 55 Kisten erwächst aus der Veräußerung derselben kein Hinderniß, das Interesse zu fordern, da Beides, die Disposition über das Eigenthum und die Schadensersatz-Forderung, vorausgesetzt, daß der Käufer für den Beweis der Letzteren gehörig gesorgt hat, sehr wohl neben einander bestehen kann. Ein Zweifel könnte dawider nur in so weit erhoben werden, als man geneigt wäre, in der Disposition über die Waare eine Approbation derselben zu erblicken, welche allerdings den Regreß gegen den Verkäufer ausschließen würde. Allein es ist schon von dem Niedergerichte mit Recht bemerkt, daß dieselbe keineswegs unter allen Umständen für eine concludente Handlung zu achten sei, um daraus eine Approbation der Waare zu folgern. Im vorliegenden Falle aber läßt sich dieselbe auf keinen Fall annehmen, da es wenigstens ganz dahin steht, ob der Beklagte — was er ausdrücklich und unter den gleich näher zu erwähnenden besonderen Verhältnissen mit großer Wahrscheinlichkeit verneint — die Waare überall vor

deren Wiederverkaufe untersucht hat; ohne eine solche vorherige Untersuchung und Besichtigung könnte aber nicht füglich von einer unbedingten Approbation derselben die Rede sein.

Nun entsteht freilich noch

c) das sehr erhebliche Bedenken, daß der Beklagte, außer dem Empfange der Waare und der Disposition über dieselbe, auch noch ganze 4 Monate seit dem Empfange hat verstreichen lassen, ehe er nur dem Kläger von der angeblich fehlerhaften Beschaffenheit derselben eine Anzeige machte. Denn es ist allerdings der Kaufmann in der Regel verpflichtet, eine ihm aus der Fremde zugehende Waare sofort nach deren Empfange zu untersuchen und sich über die Annahme derselben zu erklären, und wenn er es hieran ermangeln läßt, so gilt sein Stillschweigen für eine Approbation. Dies liegt schon in der Natur der Verhältnisse, und folgt aus der bona fides, zu welcher beide Theile einander gegenseitig verpflichtet sind, da der Absender der Waare nicht auf unbestimmte Zeit über das Schicksal derselben und darüber, ob der Committent sie behalten werde oder nicht, in Ungewißheit bleiben darf. Allein es beseitiget sich dieses Bedenken aus einem gedoppelten Gesichtspunkte. Einmal läßt sich nämlich von einer Verbindlichkeit, eine Waare sofort zu besehen und zu untersuchen, nur da reden, wo eine solche Besichtigung und Untersuchung überhaupt füglich geschehen kann. Nun erscheint es aber allerdings als nicht wohl thunlich, eine sorgfältig verpackte, zerbrechliche Waare, welche so sorgfältig verpackt sein muß, um transportabel zu bleiben, sogleich beim Empfange in der Maaße genau zu untersuchen, wie man z. B. ein Stück Tuch untersuchen kann, welches sich nach geschehener Entfaltung höchst bequem wieder in die vorigen Falten legen läßt. Eine solche Untersuchung würde eine völlige Umpackung der Waare nothwendig machen, und diese würde bei einer Parthei von mehreren hundert Kisten, deren jede 60 Tafeln hält, nicht ohne erheblichen Bruch und bedeutende Kosten vorgenommen werden können. Die angebliche Fehlerhaftigkeit der fraglichen Waare ist daher einem heimlichen Mangel zu vergleichen, der,

wenn man desselben erst später gewahr wird, auch noch später gerügt werden kann. Für's Andere aber hat der Beklagte dem Kläger ganz ausdrücklich angezeigt, daß er die Waare in der Regel nur unausgepackt verkaufe, und sich also fast ganz allein auf die Rechtlichkeit des Fabrikanten verlassen, daher aber auch eine besondere Garantie darüber verlangen müsse, daß das abgesandte Glas wirklich von der ersten Qualität sei. Da nun der Kläger nicht nur gegen dieses Verfahren nichts erinnert, sondern vielmehr die verlangte Garantie ertheilt hat, so muß man ihn als einverstanden mit jenem Verfahren des Beklagten ansehen, und kann er sich folglich auf den Mangel der sofortigen Untersuchung nicht weiter berufen. Nun hat freilich der Kläger diesen Umstand nicht ausdrücklich eingestanden. Allein da der Beklagte seine desfallsige Behauptung nicht nur sofort und wiederholt vorgetragen,

Exc. erster Inst. S. 2.

Dupl. S. 10.

sondern auch ein besonderes Gewicht darauf gelegt und der Kläger derselben nirgends widersprochen hat, so muß man jenes Factum als eingestanden ansehen.

Anlangend endlich

ad 3) den gegen die Reconventional-Forderung des Interesse in Ansehung der verkauften 55 Kisten noch speciell erhobenen processualischen Einwand, so ist derselbe, wenn er auch überhaupt für begründet gehalten werden könnte, da er allererst in der gegenwärtigen Instanz geltend gemacht worden,

Appellat.-Lib. des Klägers [1] der O.-A.-G. A. S. 9.

jedenfalls als verspätet nicht weiter zu beachten, indem

J. R. A. § 37.

auch dasjenige, was der Beklagte dilatorie einzuwenden haben mögte, sofort mit der ersten Einlassung auf die Klage bei Strafe der Präclusion zu verbinden befiehlt, zu den dilatorischen Einwendungen aber auch die exceptio libelli nimis generalis gehört.

War nun aus diesen Gründen dem Principal-Antrage des Klägers nicht zu deferiren, so konnte auch

II. eben so wenig der Principalbeschwerde des Beklagten gewillfahrt werden, welche dahin geht, daß die Beweislast ihm möge abgenommen und dem Kläger aufgebürdet werden.

In Ansehung der bereits verkauften 55 Kisten, hinsichtlich welcher der Beklagte durch seine Disposition dem Kläger den Beweis unmöglich gemacht hat, versteht sich dies ohnehin von selbst. In Ansehung der noch unverkauften 147 Kisten würde dagegen die Last des Beweises an sich nach allgemeinen Grundsätzen unläugbar den Kläger treffen. Denn es steht hier ein Handel über ein genus, über eine Parthei Fensterglas, in Frage, und der Beklagte bedient sich zu seiner Vertheidigung der exceptio non impleti contractus: er beruft sich nämlich darauf, daß bei dem Contracts-Abschlusse der Kläger die Lieferung besten, weißen, starken Glases von durchaus erster Qualität zugesagt, dieses dictum et promissum aber nicht erfüllt, sondern statt des Versprochenen blindes Glas und voll von Blasen geliefert habe. In einem solchen Falle hat nun, nach den richtigeren Grundsätzen über die Vertheilung der Beweislast bei der exceptio non impleti contractus, der Käufer zwar das dictum et promissum zu beweisen, welches aber im vorliegenden Falle an sich eingeräumt ist; dagegen aber braucht er nicht darzuthun, daß die Waare mit Mängeln behaftet und von fehlerhafter Beschaffenheit, mithin der Zusage nicht entsprechend sei, sondern der Verkäufer — hier der Kläger — muß beweisen, daß er eine der Zusage gemäße Waare geliefert habe,

Heerwart über die exc. non adimpleti contractus im Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. VIII. S. 349 u. 361.

wie auch bei dem Handel auf Probe der Beweis der probegemäßen Lieferung dem Verkäufer obliegt.

vgl. Cropp in den Jurist. Abhandl. Bd. I. № 13. § 2—4.

Allein im vorliegenden Falle vertheilt sich die Beweislast aus concreten Gründen anders, und waren darum die vorigen Erkenntnisse auch in diesem Punkte zu bestätigen. Der Beklagte hat nämlich, wie schon erwähnt worden ist, wiederholt angeführt, daß er von dem Kläger eine ausdrückliche Garantie

darüber, daß die an ihn abgesandte Waare von durchaus erster Qualität sei, begehrt habe, und als der Kläger ihm hierauf auf sein Ehrenwort versicherte, daß dieselbe wirklich Glas von erster Qualität sei, so erwiederte ihm der Beklagte in seinem Briefe vom 2. Juni 1828, welchen er noch vor dem Empfange der Waare schrieb:

„die mir gegebene Versicherung, daß das gesandte weiße Glas erster Qualität sei, genügt mir."

Anl. A. ad Dupl. — vgl. mit Dupl. S. 10. 11.

Darin liegt die bestimmte Erklärung, daß der Beklagte sich lediglich auf die Rechtlichkeit des Klägers verlassen und wegen der Güte der Waare, imgleichen wegen der Erfüllung der Zusage, keinen weiteren Beweis verlangen wolle, und daraus folgt denn von selbst, daß, nachdem er dem Kläger einmal dieses Vertrauen geschenkt, die nähere Untersuchung der Waare unterlassen, und selbst zum Theil weiter darüber disponirt hat, nunmehr er beweisen müsse, daß er in diesem seinem Vertrauen getäuscht worden sei, und er statt untadelhafter, der Zusage gemäßer Waare, vielmehr schlechtes und mit den angegebenen Mängeln behaftetes Glas empfangen habe.

Was nun aber

III. die Fassung des Beweissatzes anbetrifft, so mußte derselbe, wie auch im vorigen Urtheile geschehen ist, im Wesentlichen auf die beiden Sätze gestellt werden, daß das Glas — nämlich die, statt der nur committirten 200, wirklich empfangenen 202 Kisten,

Exc. erster Inst. S. 3. —

nicht der Zusage gemäß beschaffen, und daß dem Beklagten aus dieser Nichterfüllung des Contracts ein Schaden erwachsen sei, und wie hoch sich derselbe belaufe, und war nur im Einzelnen zum Theile genauer zu bestimmen.

1) In Ansehung der Beschaffenheit des Glases mußte der Beweis

a) die dreifache Behauptung des Beklagten umfassen, nämlich daß dasselbe nicht für bestes weißes Glas erster Qualität gelten könne — worauf dieselbe principaliter hinausgeht —

ferner daß es voll von Blasen, und endlich daß es blind sei, und zwar als drei verschiedene Alternativen, deren jede zum Beweise, daß dem dictum et promissum nicht Genüge geschehen sei, hinreichen würde. Denn es versteht sich von selbst und ist auch zum Theile noch unten näher zu erwähnen, daß Glas, welches voll Blasen oder blind ist, nicht für durchaus untadelhafte Waare von erster Qualität gelten könne; es ließe sich aber auch wohl denken, daß es, wenn es auch mit diesen besondern Mängeln nicht behaftet sein sollte, dennoch nicht erster Qualität wäre, zumal auch der Beklagte in seinem Ordrebriefe vom 26. Febr. 1828

Anl. № 4 ad Repl.

ausdrücklich die Prima-Qualität noch neben der Eigenschaft des besten Glases ausbedungen hat. Es verdient mithin die Fassung des Obergerichtlichen Erkenntnisses vor dem Niedergerichts-Erkenntnisse den Vorzug, und ist auch wider diese Fassung von keiner Seite eine Beschwerde erhoben worden. Es konnte aber

b) dem Antrage des Beklagten (ad Grav. II.), daß ihm auch noch der generelle Beweis, daß das Glas überhaupt schlecht sei, nachgelassen werden möge, nicht deferirt werden, da es eines solchen Zusatzes im Beweissatze nicht bedurfte, indem er schon in dem Beweise, daß das Glas nicht erster Qualität sei, mit begriffen ist; denn beweiset der Beklagte, daß das Glas schlecht sei, so ist eben dadurch auch jener Beweis erbracht. Eben so wenig war

c) der ersten Beschwerde des Klägers Raum zu geben, und nach dessen eventuellem Antrage der Beweis darauf zu beschränken, daß das Glas nicht Prima-Qualität von seiner Fabrik sei. Derselbe beruft sich zunächst darauf, daß er nur sein Fabrikat, und zwar nur das Fabrikat vom Jahre 1827, angeboten habe, und mithin die Bestellung auch nur auf dieses Fabrikat gegangen sei. Allein so richtig dies auf der einen Seite ist, so läßt sich doch auf der andern Seite die von dem Kläger daraus abgeleitete Folgerung nicht billigen. Denn die Bestellung lautete ganz allgemein auf 200

Kisten besten, weißen Glases von durchaus erster Qualität, und zwar mit dem Zusatze, daß es durchaus gute und tadelfreie Waare sein müsse.

Anl. № 4 ad Repl.

Dieser Zusatz zeigt ganz deutlich, daß es nicht die Meinung des Beklagten gewesen sei, nur das beste Glas von des Klägers Fabrik zu bestellen, gleichviel welche Beschaffenheit es übrigens haben möge, sondern zwar Glas von des Klägers Fabrik, aber nur unter der Voraussetzung, daß es durchaus bestes brabantisches Glas von erster Qualität sei. Darin ist denn auch in der spätern Correspondenz nichts geändert. Denn daß es nicht die Absicht des Beklagten gewesen sein könne, von seinem ursprünglichen Verlangen zurück zu treten, als er von dem Kläger einen Eidschein darüber forderte, „daß die unterm 8. April facturirten Kisten weißes Glas durchaus nur erste Qualität enthalten,"

Dupl. S. 10. 11.

das ist von selbst einleuchtend. Aber auch die in Antwort hierauf ertheilte Zusicherung des Klägers, daß das facturirte Glas „erste Qualität von seiner Fabrik" enthalte, konnte der Beklagte, welcher überhaupt bestes Glas bestellt hatte, füglich dahin verstehen, daß der Kläger erste Qualität und zwar von seiner Fabrik (d. h. nicht aufgekauft, sondern selbst fabricirt) abgesandt habe, und folglich läßt sich auch der ferneren Erklärung des Beklagten, daß diese Versicherung ihm genüge,

Anl. A. ad Dupl.

in welcher die Worte „von der klägerischen Fabrik" nicht vorkommen, keine beschränktere Deutung geben.

Anlangend

d) das Blindsein des Glases, so beziehen sich darauf mehrere Beschwerden beider Theile. Es erachtet nämlich

α) der Kläger sich dadurch gravirt, daß dem Beklagten darüber überall noch ein Beweis nachgelassen sei (Grav. 3 des Klägers), indem das hier in Frage stehende Erblinden des Glases gar nicht für ein solches wesentliches vitium

geachtet werden könne, welches die Waare zur Redhibition qualificire,

App.-Lib. des Klägers [1] der O.-A.-G.-Acten, S. 13—15.

während andererseits der Beklagte dem Kläger nicht einmal den ihm vom Obergerichte reservirten Gegenbeweis, daß das Erblinden mit der Substanz des committirten Glases unabwendlich verbunden sei, der Reinheit desselben nicht schade, und auf eine leichte Weise gehoben werden könne, nachgelassen wissen will (Grav. 4 des Beklagten).

App.-Lib. des Beklagten [5] der O.-A.-Ger.-Acten, S. 4. vgl. mit [12]

Allein in beiden Punkten mußte das angefochtene Erkenntniß lediglich bestätiget werden.

Denn so viel zuvörderst den Antrag des Klägers anbelangt, so ist das Blindsein des Glases, selbst in der Maaße wie der Kläger solches beschreibt,

App.-Lib. zweiter Inst. [2] der O.-Ger. Acten, S. 10.

jedenfalls eine mangelhafte Eigenschaft, für welche er, der durchaus gute und tadelfreie Waare von erster Qualität zu liefern verbunden war, aufzukommen schuldig ist, in so fern er nicht den ihm vom Obergerichte nachgelassenen Beweis zu erbringen im Stande sein sollte. Es bedarf daher überall nicht der Bemerkung, daß es, um eine Waare vermöge des ädilitischen Edicts, welches hier nicht einmal in Frage steht, zu redhibiren, gar nicht auf das Dasein wesentlicher Mängel ankommt.

Dahingegen war ihm der gedachte Beweis allerdings noch nachzulassen, da, wenn das Anführen gegründet sein sollte, der Beklagte als Sachverständiger sich auf den Mangel bei seiner Bestellung gefaßt halten mußte, und es auch nicht als seine Meinung angesehen werden könnte, sich die Freiheit von einem solchen nicht abzuwendenden Mangel auszubedingen. Die mögliche Weitläuftigkeit des desfallsigen Beweisverfahrens aber kann auf keinen Fall einen Grund abgeben, den Beweis nicht nachzulassen. Es sind jedoch zur größeren

Bestimmtheit in das Beweisthema die Worte „auch bei gehöriger Fabrikation desselben" eingeschaltet worden.

β) Erheblicher ist die Frage, auf welchen Zeitpunkt es hinsichtlich des Blindseins ankomme und wie in dieser Beziehung der Beweissatz zu fassen sei (eine Frage, welche bei den anderen beiden Beweis-Alternativen überall nicht in Betracht kommt), indem der Beklagte laut seiner zweiten Beschwerde sub a) verlangt, daß der Beweissatz dahin normirt werde:

„daß das dem Appellaten zugesandte Glas — — — blind — — — ist"

[12] der O.-A.-Ger.-Acten, S. 2.

und indem, was hiermit in unmittelbarer Verbindung steht, der Beklagte ferner laut seiner dritten Beschwerde darauf anträgt, daß ihm wenigstens der Beweis, daß das Erblinden durch Verschulden des Klägers bei der Verpackung oder Versendung des Glases veranlaßt sei, möge abgenommen und statt dessen dem Kläger der Beweis, daß er Verpackung und Verschiffung in beorderter sorgfältiger Maaße beschafft habe, möge auferlegt werden.

[5] der O.-A.-Ger.-Acten, S. 4. vgl. mit [12] S. 3.

Beide Theile sind nun jetzt darüber einverstanden, daß die Ordre mit der Clausel ertheilt sei, daß der Kläger die Waare „franco Amsterdam" nach Lübeck senden solle, und daß diese Clausel den Sinn gehabt, daß der Kläger auch die Gefahr der Sendung bis dahin habe übernehmen sollen.

vgl. Exc. des Beklagten S. 1 mit Exc. des Klägers in zweiter Inst. S. 12 und App.-Lib. desselben in dritter Inst. S. 7.

Demzufolge muß der Kläger, abgesehen von dem ihm vom Obergerichte nachgelassenen Gegenbeweise, abgewiesen werden, wenn der Beklagte zu erweisen im Stande sein sollte, daß die Waare schon bei ihrer Ankunft in Amsterdam erblindet gewesen sei, es mag der Grund des Erblindens liegen worin er wolle, sei es in einer culpa des Klägers bei der Fabrikation oder der Versendung, oder in einem bloßen casus.

Sollte dagegen der Beklagte über den Zustand des Glases zur Zeit der Ankunft in Amsterdam keinen Beweis besitzen, sondern nur zu erweisen im Stande sein, daß es sich später blind gefunden habe, oder jetzt finde, so kann dieser Beweis allein nicht hinreichen, weil das spätere Erblinden auch möglicherweise die Folge eines bloßen casus oder wohl gar der Beschaffenheit der Packräume des Beklagten sein könnte, wofür der Kläger nicht aufzukommen braucht, sondern der Beklagte, den nach dem Obigen überhaupt die Beweislast trifft, muß, neben dem Beweise des vorhandenen vitium, auch noch den Beweis erbringen, daß der Grund desselben in einer ursprünglich fehlerhaften Beschaffenheit des Glases oder in einer culpa des Klägers bei der Verpackung oder Versendung liege. Es konnte mithin weder der zweiten noch der dritten Beschwerde des Beklagten Raum gegeben werden.

Stimmt nun in so weit die gegenwärtige Beurtheilung der Sache mit derjenigen der vorigen Instanz völlig überein, so schien dagegen eine Abänderung des Beweisthema darin nöthig, daß statt der Worte: „oder doch erblindet hier ankam" zu setzen war: „oder doch späterhin erblindet sei.". Denn es umfaßt der obergerichtliche Beweissatz den Fall des späteren Erblindens des Glases auf dem Lager des Beklagten nicht mit, und doch müßte auch in diesem Falle dem Beklagten eben sowohl gestattet sein, das Behalten der Waare zu verweigern, als wenn sich der Mangel gleich bei der Ankunft der Waare in Lübeck gezeigt hätte, in so fern derselbe erweislich in den oben bemerkten, dem Kläger zur Last fallenden Ursachen seinen Grund haben sollte. Diese Abänderung war um so nothwendiger, da aus der ganzen Darstellung des Beklagten hervorgeht, daß eine sofortige Untersuchung der Waare bei der Ankunft derselben in Lübeck nicht Statt gefunden hat, und folglich der Beweis, so wie er in dem vorigen Urtheile normirt worden ist, unmöglich zu führen sein wird.

Dabei konnte denn auch kein Bedenken gegen diese Abänderung aus dem Umstande entstehen, daß der Beklagte darauf nicht nur gegenwärtig nicht speciell angetragen, sondern

in der vierten Beschwerde voriger Instanz selber eine Fassung des Beweissatzes in der Maaße vorgeschlagen hat, wie sie in die Sententia a qua wirklich aufgenommen ist.

[5] der O.-Ger.-Acten, S. 22.

Denn da der Beklagte principaliter auf eine Fassung des Beweises dahin antrug, und, wie schon erwähnt ist, noch gegenwärtig anträgt, daß ihm der Beweis des Blindseins ganz allgemein und ohne alle nähere Zeitbestimmung möge nachgelassen werden,

[5] der O.-Ger.-Acten vgl. mit [5] der O.-A.-G.-Acten, S. 3.

so ist das Erkannte nur ein minus des Gebetenen.

2) Anlangend endlich den Beweis, daß der Beklagte durch die Nichterfüllung der klägerischen Zusage einen Schaden erlitten habe und wie hoch sich derselbe belaufe, so kann von einem solchen Beweise nur in Ansehung der bereits verkauften 55 Kisten die Rede sein, weil der Beklagte in Ansehung der übrigen 147 Kisten kein Interesse gefordert hat, sondern nur die Waare, weil sie der Bestellung nicht entspricht, nicht bezahlen will. Da jedoch die Fassung des obergerichtlichen Erkenntnisses in dieser Hinsicht eine mehrfache Deutung zuließ, so mußte es für zweckmäßig erachtet werden, bei neuer Formulirung des Erkenntnisses den, an sich zu bezweifelnden, richtigen Sinn der Sententia a qua in dem nunmehrigen Urtheile bestimmter auszusprechen, wobei aus dem Mangel eines darauf gerichteten besonderen Antrages der Partheien kein Bedenken entstehen konnte, da es sich hier nicht von einer Abänderung, sondern nur einer Erklärung des Urtheils zur Beseitigung von Mißverständnissen handelt.

IV. Der Ungrund der letzten Beschwerde des Beklagten, welche gegen die vom Obergerichte erkannte Compensation der Kosten der vorigen Instanz gerichtet ist, bedarf um so weniger einer umständlichen Nachweisung, da in derselben im Wesentlichen, und nach dem Obigen mit Recht, zum Nachtheile desselben erkannt ist.

Die Aussetzung der Kosten erster Instanz rechtfertigt sich

übrigens von selbst, indem noch erst auf Beweis und Gegenbeweis interloquirt worden ist.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz aber waren zu compensiren, da die Principal-Anträge beider Theile verworfen werden mußten.

CV. (160.)

Dan. Jacobj & C°. contra Joh. Fehling.

Zur Sache
Daniel Jacobj & C°., in Vollmacht von L. B. Lindquist in Gothenburg, Kläger,
contra
Joh. Fehling, in Vollmacht der dritten Assecuranz-Compagnie vom Jahre 1826 & Consorten, Bekl.,
Forderung aus einem Assecuranz-Vertrage betr.

Im Jahre 1828 ließ das Handlungshaus Dan. Jacobj & C°. zu Lübeck bei der obigen und mehrern andern Assecuranz-Compagnien in Lübeck das Casco des Schiffes Triumph, geführt vom Capitain Isaac Oesterberg, für die Reise von Gothenburg nach Newcastle mit einer Ladung Bretter für die Collectivsumme von 15,875 ℔ Cour. zu einer Prämie von 3½ % versichern, und die Police ward am 22. Novbr. 1828 gezeichnet. Als Gegenstand der Versicherung ist angegeben:

„das ganze eichene oder fenevne, taxirt Bco. ℔ 27,000.,
„Casco-Schiff, genannt Triumph, angeblich 122 Schwedische
„Lasten groß,"

wogegen die gewöhnliche Clausel zur Aufnahme einer Taxe des versicherten Gegenstandes: „welches mit unserer Bewilligung auf — taxirt wird" nicht ausgefüllt ist.

Außerdem heißt es in der Police wörtlich:

„Der Auftrag ist im gestrigen Briefe aus Hamburg heute
„hier eingetroffen. Man schreibt dabei:

„Mir ist der Auftrag zur Versicherung im Briefe „aus Gothenburg vom 15. d. M. heute zugekommen unter „dem Beifügen, das Schiff sei im vorigen Jahre (1827) „neu aufgezimmert und befinde sich im besten Stande. Der „Capitain gedenkt Ende dieser Woche zu segeln. Einen „Theil der Assecuranz habe ich bereits heute hier unter„gebracht."

Uebrigens haben die Versicherer, wie gewöhnlich, versprochen, die Gefahr und den Risico alles Schadens zu übernehmen, welcher dem Schiffe während der erwähnten Reise zustoßen mögte, namentlich durch Gefahr von See, Sturm, Ungewitter, Schiffbruch, Strandung, Versehen und Muthwillen des Schiffers und seiner Leute u. s. w.

Zufolge einer am 30. Decbr. 1828 von der Schiffsmannschaft vor dem Extra-Gerichte zu Norre-Kjul abgelegten Verklarung war nun das Schiff in der Nacht vom 27/28. December 1828 auf dem Weststrande des Kirchspiels Asdahl in Jütland in der Nähe von Hirtshals gestrandet und demnächst, nachdem die Ladung größtentheils, vom Inventar aber nur Einiges geborgen, als Wrack verkauft worden, weshalb den Versicherern der Ersatz eines Schadens von 93¾ % der Versicherungssumme abverlangt ward.

Der Verklarung war ein Auszug aus dem vom Obersteuermann in Schwedischer Sprache geführten Journale zum Grunde gelegt, welcher in der Deutschen Uebersetzung lautete, wie folgt:

„Den 27. Decbr. 1828 um 10 Uhr Vormittags lichteten Anker in Elfsborgs Bucht und gingen unter Segel mit gutem Winde aus OSO. mit gutem Wetter und klarer Luft. Um 12 Uhr setzten wir den Lootsen außen vor Winge vom Bord. Um 8 Uhr peilten Skagens Feuer in SSO. per Compaß Distanz 12 Engl. Meilen, steuerten WNW. und später WSW. Der Wind abwechselnd mit dicker Luft und wir führten die nöthigen Segel. Um 11½ Uhr in derselben Nacht stieß das Schiff auf den Grund bei Hirtshals und blieb stehen. Um 8 Uhr Morgens wurde die Mannschaft mit

Lebensgefahr gerettet und wir kamen ans Land und in demselben Augenblick wurde sehr viel Wasser im Schiffe befunden. Heute den 29sten stand das Wasser ebenso hoch innerhalb als außerhalb Bordes und am selbigen Tage wurde ein Theil der Takelage ans Land geborgen."

Dieser Auszug war von 10 Personen der Mannschaft, nachdem er ihnen in schwedischer Sprache vorgelesen worden, und nach vorgängiger Verwarnung vor dem Meineide, als in allen Theilen richtig und die Wahrheit enthaltend, beeidigt und zugleich vom Richter im Protocoll bezeugt worden, daß die Strandung ihm sogleich angemeldet und der Protest verlangt worden, mithin diese Verklarung nach Vorschrift der Gesetze geschehen sei.

Desgleichen legte am 7. Mai 1829 annoch der Schiffer Oesterberg vor dem Magistrate zu Gothenburg folgende, von ihm, dem Steuermann Lange, dem Bootsmann Oluf Anderson und dem Matrosen Lars Anderson unterzeichnete und demnächst eidlich bekräftigte Nachverklarung ab:

„Als Zusatz und fernere Verklarung über das Unglück, welches in der Nacht vom 27./28. Decbr. v. J. der damals von mir geführten Brigg Triumph zugestoßen ist, erlaube ich mir anzuführen: daß der Wind kurz darauf, daß wir Stagens Feuer gepeilt, Anfangs abwechselnd wurde, aber gegen 11 Uhr N. M. mit einer heftigen Bae (By) und schneebedeckter Luft auf NW. umlief, wodurch wir genöthigt wurden, WSW. zu steuern. Die fortwährende Dunkelheit, so daß wir unmöglich das Land sehen konnten, und die Stromsetzung aus NNW., die uns gänzlich unbekannt war und also von uns nicht berechnet werden konnte, waren auch die Ursachen, daß wir um 11½ Uhr unvermuthet in einer Sandbank, ½ Meile nahe an Hirtzhals auf der Jütschen Küste strandeten. Hinsichtlich der schweren Brandungen um uns herum konnten wir zur Rettung des Schiffes gar Nichts vornehmen. Während der Nacht hatte sich das Schiff so in den Sand hineingearbeitet, daß selbiges durchaus nicht vom Grunde geborgen werden konnte."

Als die Versicherer auf diese Documente hin den Ersatz des fast totalen Schadens verweigerten, ward wider dieselben von Jacobj & C°. Klage auf Auszahlung der pro rata Versicherungssumme erhoben und unter der Anzeige, daß sie den Assecuranzvertrag für Rechnung des Kaufmanns L. B. Lindquist zu Gothenburg geschlossen hätten, zur Sach- und Processlegitimation folgende Urkunden zu den Acten gebracht:

1) Notariell beglaubigte Abschrift und Uebersetzung eines Attestes vom 17. Octbr. 1829, wodurch Bürgermeister und Rath in Gothenburg bezeugen: daß der dortige Kaufmann L. B. Lindquist ausweise der vom Magistrate zur Erlangung der Freibriefe ausgefertigten Certificate seit April-Monat 1823 die Hälfte der Brigg Carl Gustav, späterhin Triumph genannt, groß 122 schwed. Lasten, eigenthümlich besessen habe; daß aber vom Septbr. 1825 an und nachdem der Schiffer J. G. Holstein als Rheder der zweiten Hälfte ausgetreten, jener der alleinige Eigenthümer der benannten Brigg gewesen sei und auch in Folge dessen und insofern es dem Magistrat bekannt geworden, diese Brigg bei deren Verunglücken im letztverwichenen December-Monat demselben eigenthümlich gehört habe.

2) Die notariell beglaubigte Abschrift und Uebersetzung eines Briefes des Kaufmanns Lindquist in Gothenburg de dato 15. Novbr. 1828 an J. G. F. Goering in Hamburg, also lautend:

„Hiemit habe ich Sie zu ersuchen, gefälligst für meine „Rechnung das Briggschiff Triumph, 122 schwedische Lasten „groß und vom Capitain J. Oesterberg geführt, von „hier nach Newcastle und zurück für 2000 £, 200 £ auf „einen Theil der Ladung und ebenfalls 200 £ als Fracht, „welches zusammen 2400 £ ausmacht, zu versichern. Dies „Schiff ist im vorigen Jahre gänzlich von Neuem auf„gebauet und befindet sich in jeder Hinsicht in einem sehr „vortrefflichen Zustande und wird gegen Ende der nächsten „Woche segelfertig sein. Sie werden daher gefälligst dafür sor„gen, daß Sie die Prämie so wohlfeil als möglich erhalten."

3) Schreiben von J. G. F. Goering an D. Jacobj & C°. de dato Hamburg den 21. Novbr. 1831, folgenden Inhalts:

„Von Gothenburg unterm 15ten wurde mir heute der Auf„trag, das Casco der schwed. Brigg Triumph, Capt. J. „Oesterberg, taxirt zu Bco. ℔ 27,000., zu versichern und „zwar mit einer Ladung Bretter von Gothenburg nach „Newcastle. Das Schiff ist 122 schwed. Lasten groß, „voriges Jahr neu aufgezimmert und im besten Stande. „Der Capitain gedachte Ende dieser Woche zu segeln. „Einen Theil davon habe ich heute bereits hier unter„gebracht; können Sie 10 à 12 mille ℔ Bco. zu 3 ↦ 3½ % „bei guter Compagnie unterbringen, so ersuche ich darum."

4) Eine Proceßvollmacht von Lindquist auf D. Jacobj & C°.

Nachdem hierauf die Beklagten theils die Zulänglichkeit der Verklarung und des beigebrachten Eigenthumsbeweises bestritten, theils die Ungültigkeit des geschlossenen Versicherungs-Vertrages aus verschiedenen Gründen behauptet, und die Einrede betrügerischer Strandung absichtlich des Schiffers vorgeschützt, namentlich auch verschiedene Widersprüche zwischen einem vom Schiffer Oesterberg unterschriebenen Auszuge des Schiffsjournals und zwischen den Verklarungen hervorgehoben hatten, interloquirte das Niedergericht am 7. Mai 1831 dahin: daß

1. der Kläger Lindquist besser als bisher geschehen

1) sein ausschließliches Eigenthum an dem Schiffe qu. zur Zeit der Versicherung am 22. November 1828 und bis zur Verunglückung desselben, und

2) auch das zu erweisen habe, daß die in der Nachverklarung vom 7. Mai 1829 angeführten Umstände wirklich eingetreten seien und die Strandung des Schiffes bei Hirtshals, so wie dessen nachmalige Verunglückung herbeigeführt haben;

II. die Beklagten aber

1) daß das Schiff am 15. Novbr. 1828 — unter welchem Dato Kläger seinen Versicherungs-Auftrag von Gothenburg abgehen ließ — überall nicht in der Lage gewesen sei, binnen der nächsten 8 Tage seine Reise antreten zu können, oder

daß dieses Schiff im Jahre 1827 oder später nicht neu aufgezimmert oder aber mit Mängeln behaftet gewesen sei, welche es zur Unternehmung der versicherten Reise untüchtig machten;

2) daß und um wie viel das Casco zu hoch taxirt sei;

3) daß der Schiffer sich bei Führung des ihm anvertrauten Schiffes auf der Reise qu. eines Betruges schuldig gemacht habe.

Auf Appellation beider Theile ward diese Sentenz am 22. Decbr. 1834 vom Obergericht theilweise abgeändert, und zwar

a) der Kläger von dem Beweise der in der Nachverklärung vom 7. Mai 1829 angeführten Umstände befreit, ihm jedoch aufgegeben, die Verklarung vom 30. Decbr. 1828 und das darin angezogene Journal und zwar letzteres seinem ganzen Inhalte nach im Original binnen 6 Wochen zu den Acten zu bringen, auch binnen Ordnungsfrist sein ausschließliches Eigenthum an dem Schiffe zur Zeit der Versicherung besser, als geschehen, darzulegen und zu beweisen, daß dasselbe im Jahre 1827 oder später vor der Reise neu aufgezimmert worden und bei seinem Abgange von Gothenburg in vorzüglich gutem Zustande gewesen;

b) die zur Last der Beklagten verbleibenden Beweise wurden dagegen dahin modificirt, daß in Betreff der Unfähigkeit des Schiffes Triumph zum Antritt seiner Reise der in judicato a quo

angenommene Termin von 8 Tagen nach dem 15. Novbr. 1828 auf die nächsten 14 Tage erstreckt werde und daß in Betreff der dem Schiffer Oesterberg vorgeworfenen Betrügereien das thema probandum dahin festzusetzen sei: daß das Verunglücken des Schiffes Triumph auf der in Frage stehenden Reise betrüglicherweise von dem Schiffer Oesterberg veranlaßt sei.

Im Uebrigen ward beiden Theilen der Gegenbeweis und dem Kläger auch noch der Beweis vorbehalten,

daß ihm die Unfähigkeit des Schiffes, innerhalb 14 Tagen nach dem 15. Novbr. 1828 die Reise anzutreten, unbekannt gewesen sei;

wobei die Kosten erster Instanz ausgesetzt, die der zweiten verglichen wurden.

Nachdem auch gegen dieses Erkenntniß von beiden Parteien appellirt worden war, erging unterm 24. Decbr. 1832 von Seiten des O.-A.-Gerichts das Urtheil:

daß die Förmlichkeiten der eingewandten Rechtsmittel für gewahrt zu achten, auch, Materialien anlangend, das angefochtene Erkenntniß des Obergerichts der freien Hanseſtadt Lübeck vom 22. Decbr. 1831, wie hiemit geschieht, dahin zu bestätigen und abzuändern sei:

daß m. m. Kläger nur schuldig seien, sowohl das auf der versicherten Reise geführte Journal im Originale zu ediren, als auch die über den Verkauf des Schiffes und der Schiffsgeräthschaften aufgenommenen Urkunden zu den Acten zu bringen, ingleichen besser wie geschehen zu beweisen:

daß das Schiff Triumph in der Nacht vom 27. auf den 28. Decbr. 1828 bei Hirtzhals auf der Westküste von Jütland gestrandet sei,

den Beklagten aber dagegen folgende Beweise nachzulassen seien:

1) daß das Schiff am 15. Novbr. 1828, wo der

klägerische Mandant seinen Versicherungs-Auftrag von Gothenburg abgehen ließ, überall nicht in der Lage gewesen sei, um binnen den nächsten vierzehn Tagen seine Reise antreten zu können;

2) daß das Schiff im Jahre 1827 oder später nicht neu aufgezimmert, oder aber mit Mängeln behaftet gewesen sei, welche es zur Unternehmung der versicherten Reise untüchtig machten;

3) daß das Schiff zur Zeit der Versicherung oder der Verunglückung desselben nicht mehr das Eigenthum des klägerischen Mandanten gewesen sei;

4) daß und um wieviel das versicherte Casco des Schiffes in der am 22. Novbr. 1828 von ihnen gezeichneten Police zu hoch taxirt worden sei, und

5) daß das Verunglücken des Schiffes Triumph auf der in Frage stehenden Reise betrüglicher Weise von dem Schiffer Oesterberg veranlaßt sei;

und soll nach solchen geführten oder nicht geführten Beweisen — in Ansehung deren jedoch beiden Theilen der Gegenbeweis, und namentlich den m. n. Klägern ad 1) eventualiter der Beweis:

daß ihrem Mandanten Lindquist die Unfähigkeit des Schiffes Triumph, binnen den nächsten vierzehn Tagen seine Reise anzutreten, nicht bekannt gewesen,

so wie hinc inde die Benutzung des bereits Beigebrachten, soweit Rechtens, vorbehalten bleibt — imgleichen nachdem die Beklagten über die zu den Acten zu bringenden Verkaufsdocumente gehört sein werden, sowohl in der Hauptsache als wegen der Kosten erster Instanz weiter ergehen was Rechtens.

Die Kosten der vorigen und der gegenwärtigen Instanz, soweit über letztere nicht bereits erkannt worden, werden übrigens gegeneinander verglichen und aufgehoben, und wird die Sache nunmehr an das Niedergericht zur Ansetzung der erforderlichen Productions- und Beweis-Fristen, so wie zum weiteren Verfahren und demnächstigen Erkenntnisse zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die Beurtheilung der gegenwärtigen Sache hat sich über folgende Streitpunkte zu verbreiten:

I. die Verbindlichkeit des Assecuranz-Vertrages überhaupt;

II. den Beweis des Statt gehabten Seeunfalls;

III. den Beweis des Eigenthums des klägerischen Mandanten Lindquist an dem versicherten Schiffe;

IV. den Beweis des Werthes des Schiffes;

V. den Beweis des dem Schiffer Oesterberg zur Last gelegten dolus, und endlich

VI. die von den Beklagten geforderte Vorlegung mehrerer Urkunden. —

I.

Bei der Frage nach der Verbindlichkeit des Assecuranz-Vertrages überhaupt kommt es auf die rechtlichen Wirkungen der beiden in die Police aufgenommenen Anzeigen an:

„der Capitain gedenke Ende dieser Woche zu segeln,"

und

„das Schiff sei im vorigen Jahre neu aufgezimmert und befinde sich im besten Stande."

Anl. № 1 zur Klage.

So viel nun

A. die Anzeige betrifft, daß der Capitain zu Ende der Woche, in welcher die Assecuranz geschlossen worden, zu segeln gedenke, so verlangen

1) die Beklagten vermittelst ihrer Principal-Beschwerde

die sofortige Abweisung der Klage, und machen sie dafür folgende Gründe geltend:

a) es sei bei dem Abschlusse der Assecuranz Bedingung des Vertrages gewesen, daß der Schiffer spätestens am 22. Novbr. 1828 segele, derselbe sei aber erst am 27. Decbr. desselben Jahres gesegelt;

b) es seien die Beklagten durch die Anzeige zur Eingehung des Vertrages, namentlich unter geringerer Prämie, verleitet, indem sie annehmen mußten, daß die Gefahr einer nahe bevorstehenden und in eine günstigere Jahrszeit fallenden Reise zu übernehmen sei, nun sei es aber eine ganz andere Reise geworden, und

c) es hätte der Versicherte den Beklagten jedenfalls von der eingetretenen Verzögerung und deren Veranlassung Nachricht geben müssen, um wegen der Prämie eine anderweite Verabredung zu treffen.

Allein diese Beschwerde ist ganz verwerflich. Denn

ad a) ist bei dem Abschlusse der Versicherung nicht versprochen, daß der Schiffer bestimmt am 22. Novbr. abgehen solle oder abgehen werde, sondern es ist nur gesagt, daß er um jene Zeit zu segeln gedenke. Demnach ist nicht eine bestimmte Abgangszeit zur Bedingung des Vertrages gemacht, sondern es ist bloß die wahrscheinliche Abgangszeit angezeigt, und folglich kann auch der Vertrag bloß aus dem Grunde, daß der Schiffer nicht präcise an jenem Tage in See gegangen ist, nicht ohne Weiteres rescindirt werden. Wenn aber

ad b) die Beklagten in Folge jener Anzeige mit Sicherheit vorausgesetzt haben wollen, daß der Schiffer wirklich spätestens am 22. Novbr. in See gehen werde oder schon in See gegangen sei, so tragen sie die Folgen eines selbstverschuldeten Irrthums, da die unbestimmte Anzeige die Möglichkeit eines auch späteren Abganges des Schiffes nicht ausschloß; auch läßt sich durchaus nicht sagen, daß wirklich die Reise eine andere geworden sei, als für welche die Versicherung geschlossen worden, indem weder die Verschiedenheit des wirklichen und des beabsichtigten Abganges, oder der Jahreszeit

so sehr groß ist, als hierzu nöthig sein würde, noch auch irgend Ereignisse eingetreten sind, welche sich nicht auch bei einem um einige Wochen früheren Abgange hätten zutragen können. Deshalb kann denn auch

ad c) von der Nothwendigkeit einer Anzeige der eingetretenen Verzögerung gar nicht die Rede sein, und es kann dem Umstande, daß der Versicherte hievon keine Nachricht gegeben hat, kein Einfluß auf die Gültigkeit des Vertrages beigemessen werden.

2) Die m. n. Kläger dagegen tragen in Folge ihrer vierten Beschwerde principaliter darauf an, den Beklagten hinsichtlich der in der Police unbestimmt angedeuteten Abfahrt des Schiffes gar keinen Beweis nachzulassen, eventualiter aber denselben nur etwa den Beweis zu gestatten, daß ihr Mandant durch die fragliche Anzeige in der Police die Wahrheit absichtlich verletzt habe, oder aber, daß demselben die Unfähigkeit des Schiffes, in den nächsten 14 Tagen in See zu gehen, bekannt gewesen sei.

a) Ihren Principal-Antrag stützen sie auf die beiden Gründe, daß

α) auf die Nichterfüllung der gedachten Anzeige gar keine förmliche Einrede gestellt worden, sondern in der Vernehmlassung überhaupt nur „Bemerkungen" zur Klage vorgetragen seien, und

β) daß auch das jetzt zum Beweise verstellte Factum nirgends behauptet worden sei.

Allein

ad α) dieser Einwand widerlegt sich durch die Vernehmlassung selbst, indem die Beklagten das daselbst p. 2. 12. und 14. in Betreff dieser Anzeige Vorgetragene namentlich als einen Grund geltend gemacht haben, weshalb die Assecuranz für gültig nicht zu achten sei, worin allerdings die Vorschützung einer Einrede liegt; und eben so findet sich

ad β) doch auch

— a. a. O. p. 13. i. f. und p 14. —

die Aeußerung, daß wenn Lindquist den Beklagten offen

gesagt hätte, daß das Schiff erst am Ende des Jahres und wenige Tage vor dessen Wechsel die Anker lichten werde, alsdann der Antrag würde abgelehnt sein, worin zugleich die Behauptung liegt, daß Lindquist gewußt haben müsse, daß der Schiffer nicht vor dem 27. Decbr. segeln werde, also auch, daß der Schiffer nicht gedacht haben könne am 22. November zu segeln, und, worauf der Einwand im Wesentlichen hinausgeht, daß das Schiff nicht in der Lage gewesen sei, um binnen Kurzem in See zu gehen.

Was aber

b) die eventuellen Anträge der m. n. Kläger betrifft, welche sich auf die Fassung des Beweissatzes beziehen, so würde freilich, wenn die Vorschrift der Hamb. Assec.-Ordnung, Tit. IV. Art. 13, wonach es hinreicht, die habende Wissenschaft in der Police aufrichtig und redlich anzuzeigen, auf den vorliegenden Fall unbedingt anzuwenden wäre, es nicht auf die wirkliche Wahrheit der gemachten Anzeige, sondern nur darauf ankommen, ob Lindquist die erhaltenen Nachrichten getreulich mitgetheilt habe. Allein da Lindquist seine Nachrichten über die Lage des Schiffes nicht von auswärtigen Correspondenten erhielt, sondern selbst in Gothenburg gegenwärtig und überdies alleiniger Rheder und Mitbefrachter des Schiffes war, so muß auch bis zum Beweise des Gegentheils nothwendig angenommen werden, daß ihm die wahre Lage des Schiffes bekannt gewesen sei. Daher brauchen denn die Beklagten nur zu beweisen, daß das Schiff zur Zeit der gemachten Anzeige nicht in der angegebenen Lage gewesen sei, und in so fern sie diesen Beweis führen, ist alsdann die Reihe an den m. n. Klägern darzuthun, daß dem Lindquist die der baldigen Abreise entgegenstehenden Gründe nicht bekannt gewesen seien.

Eher könnte auf der anderen Seite davon die Rede sein, ob der den m. n. Klägern vom Obergerichte nachgelassene Gegenbeweis nicht zum Vortheile der Beklagten dahin hätte erweitert werden müssen, daß Lindquist sich bei der Anzeige in einem unverschuldeten Irrthume befunden habe. Allein

da die Beklagten in dieser Beziehung überall nichts erinnert haben, so ist es bei der obergerichtlichen Fassung des Beweissatzes lediglich zu belassen gewesen.

Demnach erscheint die hier in Frage stehende Beschwerde der m. u. Kläger nicht minder verwerflich als diejenige der Beklagten.

Wenn übrigens

3) die Beklagten es auch noch ganz beiläufig rügen, daß die Beweislast in Ansehung der ganzen Anzeige unrichtig vertheilt scheine, indem jederzeit der Versicherte die Wahrheit der von ihm gemachten Anzeige, nicht aber der Versicherer die Unwahrheit derselben beweisen müsse,

Vernehml. dritter Inst. S. 13.

imgleichen, daß in dem angefochtenen Erkenntnisse der Termin, auf welchen es in Betreff der Segelfertigkeit des Schiffes ankommen solle, von 8 Tagen, die das Niedergericht angenommen hatte, ohne einen desfallsigen Antrag der m. u. Kläger, auf 14 Tage erstreckt sei,

App.-Lib. dritter Inst. S. 6.

so ist auf Beides schon aus dem formellen Grunde keine Rücksicht zu nehmen gewesen, weil die Beklagten, ungeachtet ihrer mehrfachen in der gegenwärtigen Instanz aufgestellten eventuellen Beschwerden, hierauf weder ein dergleichen gravamen, noch ein Gesuch, die Erkenntnisse wenigstens in Ansehung jener beiden Punkte abzuändern, gerichtet haben.

War nun diesem zufolge das angefochtene Erkenntniß in so weit lediglich zu bestätigen, so mußte dagegen, so viel

B. die Anzeige, daß das Schiff im Jahre 1827 neu aufgezimmert sei und sich im besten Stande befinde, anbelangt, das Niedergerichts-Erkenntniß vom 7. Mai 1831 wieder hergestellt werden.

Zwar tragen die m. u. Kläger in Folge ihrer dritten Beschwerde principaliter darauf an, daß über die Aufzimmerung des Schiffes Triumph im Jahre 1827 und über die Tüchtigkeit desselben bei der Abfahrt gar kein Beweis möge nachgelassen werden, weil die Anzeige in der Police gar nicht

in dem Sinne gemacht sei, eine besondere Garantie über die Beschaffenheit des Schiffes zu übernehmen, und weil auch diese Beschaffenheit desselben ohne Einfluß geblieben sei auf den erlittenen Unfall, welcher in einer Strandung bestehe. Allein für die Wahrheit einer gemachten Anzeige ist der Versicherte in Ansehung solcher Umstände, von welchen er selbst persönlich Wissenschaft haben mußte, jedenfalls gehalten, gleichviel in welchem Sinne sie gemacht worden ist, wenn sie nur, wie im vorliegenden Falle, Einfluß haben konnte auf den Entschluß der Versicherer, z. B. in Ansehung der Prämie, und ist es dabei ganz gleichgültig, ob der angegebene Umstand mit dem erlittenen Unfalle in Verbindung steht oder nicht, weil es nach den Grundsätzen von den Wirkungen des dolus bei Verträgen nur darauf ankommt, daß Jemand von dem Mitcontrahenten dolose zur Eingehung eines Vertrages verleitet, nicht aber daß und in welchem Maaße ihm der dolus nachtheilig gewesen ist,

vgl. Benecke, System ꝛc., Bd. III. S. 117.

in Ansehung des hier in Frage stehenden Factums aber ein Irrthum des Versicherten gar nicht gedenkbar erscheint.

Die Beschwerde ist aber gegründet, so weit sie eventualiter dahin geht, die Beweislast den Beklagten zuzutheilen. Denn da die Beklagten ihre Einrede überall nicht darauf gründen, daß der angezeigte Umstand auf das Eintreten des Unfalls Einfluß gehabt habe (weshalb es denn dahingestellt bleiben kann, wie es sich in einem solchen Falle mit der Beweislast verhalten würde), sondern bloß darauf, daß sie durch die gemachte Anzeige verleitet worden seien, den Contract wenigstens zu einer wohlfeileren Prämie als sonst abzuschließen, so läuft dieselbe offenbar nur auf eine exceptio doli hinaus, deren Beweis die Beklagten übernehmen müssen.

vgl. Benecke a. a. O. S. 268.

Ein Anderes würde es allerdings sein, wenn die m. n. Kläger die gedachte Anzeige in dem Sinne gemacht hätten, daß sie für die Beschaffenheit des Schiffes eine besondere Garantie übernehmen wollten, und wenn also dieselbe in der

Police die Natur einer förmlichen Bedingung erhalten hätte, indem es dann zum Fundamente der Klage gehören würde, das Vorhandensein des garantirten Umstandes darzuthun.

Allein die Versicherung in der Police, daß das Schiff im Jahre 1827 neu aufgezimmert sei, und sich im besten Stande befinde, hat, nach der ihr in der Police gegebenen Fassung, bloß die Natur einer Anzeige.

Ob übrigens der Ordrebrief des Lindquist vom 15. Novbr. 1828

Anl. № 6. ad Rec. VI. der Nied.-Ger.-Acten,

ein Mehreres enthalte und in einem weiter gehenden Sinne zu verstehen sein dürfte, das kann hier dahingestellt bleiben, da dieser Brief den Beklagten beim Abschluß des Versicherungs-Vertrages nicht mitgetheilt ist, und kommt es vielmehr bloß auf die Anzeige an, wie sie von den m. n. Klägern gemacht und in die Police eingerückt ist.

II.

Auf diesen, den Beweis des Seeunfalls betreffenden Streitpunkt beziehen sich die erste eventuelle Beschwerde der Beklagten und die erste Beschwerde der m. n. Kläger. Jene erachten sich nämlich dadurch gravirt, daß nicht förmlich auf den Beweis der Strandung erkannt, und daß die m. n. Kläger namentlich von dem Beweise, wie ihn das Niedergericht normirt habe, befreiet worden, während diese allen weiteren Beweis der Strandung für überflüssig erachten.

Wenn nun hier

1) die Frage entsteht, was von den m. n. Klägern eigentlich als zum Klagegrunde gehörig zu erweisen sei, so muß man denselben darin allerdings beipflichten, daß sie nur die Strandung des Schiffes auf der versicherten Reise, und daß dasselbe in Folge derselben zum Wrack geworden sei, zu beweisen haben, nicht aber auch die näheren Umstände dieses Unfalles, noch den Causal-Nexus zwischen denselben und der Strandung. Denn der Schadens-Anspruch eines Versicherten ist begründet, sobald nachgewiesen wird, daß den versicherten

Gegenstand auf der versicherten Reise ein Unfall betroffen, dessen Risico der Versicherer übernommen hat, und dazu gehört im vorliegenden Falle laut der Police

Anl. № 1 zur Klage

jede Seegefahr; der Umstand dagegen, daß sich der Unfall aus den bei demselben vorgekommenen speciellen Thatsachen entweder nicht erklären läßt, oder daß er wohl gar mit diesen im Widerspruche zu stehen scheint, mithin dem Verdachte des Betruges Raum gibt, kann nur dahin führen, einerseits einen so viel stringenteren Beweis des Unfalls selbst zu erfordern, andererseits aber dem Versicherer den Beweis des dolus als eine Einrede nachzulassen, jedoch nicht dahin, den Versicherten mit dem Beweise des Zusammenhanges zwischen dem Unfalle und den denselben begleitenden Umständen zu belasten. Demnach konnte dem Antrage der Beklagten, den Beweissatz so, wie ihn das Niedergericht normirt hatte, wieder herzustellen, keine Statt gegeben werden.

Eben so wenig konnte aber auch

2) ein Erkenntniß auf Beweis bereits als überflüssig angesehen werden. Die m. n. Kläger machen zur Unterstützung ihrer desfallsigen Beschwerde dreierlei geltend:

a) daß die Strandung als zugestanden zu achten sei, weil die Beklagten dieselbe an sich nicht geläugnet, und namentlich darüber nicht gehörig litem contestirt hätten;

b) daß der erforderliche Beweis schon durch die producirten Urkunden, nämlich durch die Verklarung vom 30. December 1828 und durch die Nachverklarung vom 7. Mai 1829, erbracht sei, und

c) daß die Strandung auch aus dem, von den Beklagten selbst zu den Acten gelieferten Auszuge aus dem Journale, welchen sie gegen sich gelten lassen müßten, weil sie daraus deducirt hätten, zur Genüge hervorgehe.

Allein

ad a) haben die Beklagten von Anfang an über den Seeunfall selbst, nicht bloß über dessen Ursachen und nähere Umstände, besseren Beweis verlangt,

Vernehml. erster Inst. S. 8.
Duplik S. 24.

und bedurfte es keiner weiteren litis contestatio darüber, da die Beklagten die Strandung als ein ihnen fremdes Factum füglich ignoriren konnten.

ad b) Die zum Beweise bisher producirten Documente sind dazu ungenügend. Denn

α) die Verklarung vom 30. Decbr. 1828
Anl. № 2 zur Klage

ist, abgesehen von allen etwaigen materiellen Mängeln, zur Zeit nur in einer beglaubigten Abschrift zu den Acten gebracht, und ist es ein bekannter Grundsatz des Lüb. Rechts,

Statut. V. 6. 3.

daß durch Copeien nichts erwiesen werden kann, zumal wenn die Originalien ohne Schwierigkeit zu erlangen sind. Was aber

β) die Nachverklarung vom 7. Mai 1829 anbetrifft,
Anl. № 3 zur Klage,

so ist dieselbe in aller Hinsicht unbeweisend. Denn einentheils ist sie erst nach Verlauf von 4 Monaten nach dem Unglücksfalle von dem Schiffer einseitig aufgenommen, nun ist aber ein besserer, nachträglicher Beweis in der Verklarungsform überhaupt unstatthaft, indem diese Form nur da angewandt werden darf, wo die Noth sie erheischt, und wo Gesetz und Herkommen sie zulassen, und geht dies nicht über den Fall hinaus, wo die Mannschaft gleich nach beendigter Reise eine Darstellung von den auf derselben erlittenen Vorfällen gibt und beschwört.

Heise und Cropp, jurist. Abh. Bd. I. № 6. § 2—4.

Auch kann der Zweck, zu welchem die Nachverklarung vorgeblich aufgenommen sein soll, nämlich um den Schiffer gegen seinen Rheder zu rechtfertigen, ihre Beweiskraft, den Versicherern gegenüber, nicht erhöhen. Anderntheils ist sie auch nicht einmal auf das Journal gegründet, sondern sie ist bloß aus der Erinnerung des Schiffers aufgesetzt und hat augenscheinlich den Zweck gehabt, die im Journal befindlichen Lücken zu ergänzen; ein solches außergerichtliches Zeugniß eines in

jeder Hinsicht höchst verdächtigen Zeugen kann nun aber auf Beweiskraft überall keinen Anspruch machen.

ad c) Der von den Beklagten beigebrachte Auszug aus dem Journale endlich

Anl. A. ad Dupl.

beweiset nichts gegen dieselben, weil ein Journal für sich allein gegen die Versicherer keinen Beweis gibt, und sie, wenn auch die Aechtheit des Auszuges, doch keinesweges die Richtigkeit seines Inhalts, noch dessen materielle Beweiskraft irgend anerkannt, sondern sich nur zu dem Zwecke darauf berufen haben, um die Widersprüche der in dem Journale enthaltenen Angaben nachzuweisen und den Mangel der Glaubwürdigkeit desselben darzuthun, in der bloßen Production aber eine solche Anerkennung noch keineswegs enthalten ist.

Nun läßt sich freilich, von der juristischen Form des Beweises abgesehen, an der Wahrheit der behaupteten Strandung kaum zweifeln, und ist es namentlich sehr möglich, daß bei den vielen, in den Acten liegenden, das Factum derselben fast bis zur Evidenz bringenden Umständen, schon durch die von dem Obergerichte verfügte Production der Original-Verklarung und des Journals der Beweis völlig wird hergestellt werden können. Da sich jedoch über die Beschaffenheit dieser Urkunden zum Voraus nicht urtheilen läßt, und da es auch sein könnte, daß dieselben noch zu manchen gegründeten Ausstellungen Anlaß gäben, so mußte es vorgezogen werden, statt jener Verfügung förmlich auf Beweis zu interloquiren, und es dem künftigen Erkenntnisse zu überlassen, ob die Production jener Urkunden, falls sich die Kläger derselben zur Beweisführung bedienen sollten, dazu für genügend zu erachten sei. Es war jedoch der Beweissatz aus den ad 1) entwickelten Gründen so, wie im Urtheile geschehen ist, zu normiren.

Ob und in wie weit übrigens die m. u. Kläger, falls sie sich nicht der erwähnten Urkunden zum Beweise bedienen sollten, zu deren Edition pflichtig seien, darüber wird unten ad VI. das Nähere erörtert werden.

III.

Den Beweis des Eigenthums des klägerischen Mandanten Lindquist an dem versicherten Schiffe Triumph anbelangend, tragen die m. n. Kläger vermittelst ihrer zweiten Beschwerde darauf an, daß ihnen ein desfallsiger Beweis gänzlich möge abgenommen und nur den Beklagten der Beweis nachgelassen werden, wie Lindquist zur Zeit der abgeschlossenen Versicherung aufgehört habe, das Eigenthum des Schiffes zu besitzen, während die Beklagten, laut ihrer eventuellen vierten Beschwerde, die unbedingte Wiederherstellung des Niedergerichts-Erkenntnisses begehren, welches den m. n. Klägern den Beweis auferlegt hatte, daß Lindquist Eigenthümer des fraglichen Schiffes zur Zeit, da er dasselbe versichern ließ, und bis zur Verunglückung desselben gewesen sei.

Wenn nun zuvörderst

1) die m. n. Kläger ihren Antrag darauf stützen, daß das Niedergericht schon mittelst seines Bescheides vom 29. Mai 1830

Rec. VII. der Nied.-Ger.-Acten

den Legitimationspunkt rechtskräftig für erledigt erklärt habe, so ist dieses Argument ganz unhaltbar, da es sich aus der damaligen Lage des Processes und aus der Fassung sowohl der Auflage des Niedergerichts vom 20. März 1830

Rec. V. der Nied.-Ger.-Acten,

als jenes Bescheides von selbst ergibt, daß es gar nicht die Meinung des Niedergerichts sein konnte, über das materielle Recht des Versicherten an der Versicherung zu erkennen, überdies aber auch der Bescheid, da er auf den einseitigen Antrag der Kläger, und ohne vorheriges Gehör der Beklagten, erlassen worden, diese nicht hindern konnte, auch ihre Einreden wider das Eigenthum des Versicherten, wie sie sofort in ihrer Vernehmlassung gethan haben, vorzutragen.

Nichtsdestoweniger ist den m. n. Klägern

2) darin allerdings beizupflichten, daß es des fraglichen Beweises von ihrer Seite nicht mehr bedarf. Fragt es sich nämlich

a) worauf es hinsichtlich des Beweises des Eigenthums überhaupt ankomme, so unterliegt es freilich keinem Bedenken, daß der Versicherte, welcher den Ersatz eines verunglückten eigenthümlichen Gegenstandes fordert, nicht nur sein Eigenthum an demselben zur Zeit des Abschlusses der Versicherung erweisen müsse, indem nur derjenige, welcher bei demselben direct oder indirect Antheil hat, darauf eine Versicherung thun lassen kann,

Hamb. Assec.-Ordn. Tit. II. Art. 3.

sondern auch sein Eigenthum zur Zeit des Unglücks, weil wer Schaden fordert, auch beweisen muß, daß er Schaden gelitten hat.

Hamb. Assec.-Ordn. Tit. III. Art. 1.

Allein es ist auch eben so gewiß, daß es, um diesen Beweis zu führen, schon genügt, wenn nur die Entstehung des Eigenthums zu einer früheren Zeit nachgewiesen wird, und daß es, wenn diese erwiesen ist, nicht noch eines besonderen Beweises der Fortdauer desselben bis zur Zeit der Versicherung oder gar der Verunglückung bedarf, sondern diese Fortdauer ohne Weiteres präsumirt wird,

l. 12. C. de probat. l. 12. D. eod.

Bethmann-Hollweg, Versuche ꝛc. № 5. S. 346. 47.

Jurist. Abhandl. Bd. II № 5. § 4—6.

mithin vielmehr derjenige, welcher das Eigenthum bestreitet, den Beweis übernehmen müsse, daß dasselbe in der Person des früheren Eigenthümers aufgehört habe.

b) Jener Umstand nun aber, daß Lindquist früher, d. h. vor der Versicherung, Eigenthümer des ganzen Schiffes Triumph gewesen sei, ist nach den Acten bereits als richtig anzunehmen. Zwar ist es

α) bedenklich, sich in solcher Hinsicht bloß auf das Attestat vom 17. Octbr. 1829

Anl. № 5. ad Rec. VI. d. Nied.-Ger.-Acten

zu beziehen, weil dasselbe nicht im Originale zu den Acten gebracht ist, und also der Beweis der Authenticität desselben fehlt. Allein

β) die Beklagten haben den Umstand, daß Lindquist

im Jahre 1825 der alleinige Eigenthümer des Schiffes gewesen sei, und die Authenticität des darüber producirten so eben erwähnten Zeugnisses zugestanden. Sie sagen nämlich Vernehml. erster Inst. S. 9. 10.

„daß — — Lindquist es war, den — — das periculum traf, dafür hat nichts vorgewiesen werden können, als ein Zeugniß des Magistrats von Gothenburg,

daß seit dem April 1823 jenem Kaufmanne die Hälfte der Brigg, nach dem September 1825 dagegen das alleinige Eigenthum derselben gehört habe, und auch in Folge dessen (jenes damaligen alleinigen Eigenthums) und in sofern es dem Magistrat bekannt geworden, die Brigg im December 1825 — richtiger 1828 — sein Eigenthum gewesen sei.

Die in der letzten Hälfte des Zeugnisses aufgestellte Schlußfolgerung ist jedoch eben so unrichtig, als das schließliche Zeugniß schwankend und werthlos erscheint. Es hätte nicht des Ausweises früheren Eigenthums — — — bedurft, sondern eines Beweises, daß am 15. November 1828 und von diesem Tage bis zur Strandung der Kaufmann Lindquist alleiniger Eigner des Schiffes gewesen sei."

Hierin liegt die bestimmte Einräumung, daß das Attestat einen genügenden „Ausweis des früheren Eigenthums" enthalte, und daß dasselbe nur um deswillen nicht beweiskräftig sei, weil es nicht zugleich die Fortdauer des Eigenthums bis zum Jahre 1828 erweise, was aber nach dem Obigen irrelevant ist. Demnach sind die in den späteren Schriftsätzen vorkommenden Einwendungen, zumal nach den Grundsätzen des Lüb. Processes über die poena confessi bei nicht gehöriger Einlassung auf die Klage, nicht weiter zu beachten.

Es war mithin auf den Grund der klägerischen Beschwerde das angefochtene Erkenntniß in diesem Punkte, so wie geschehen ist, zu reformiren, und, was hieraus von selbst folgt, die Beschwerde der Beklagten in so weit zu verwerfen. Dahingegen mußte denselben

3) als ein minus des Gebetenen, nicht bloß der von den m. d. Klägern selbst für relevant anerkannte Beweis, daß Lindquist zur Zeit der Versicherung nicht mehr Eigenthümer gewesen sei, nachgelassen, sondern auch dieser Beweis dahin erstreckt werden, daß er es nicht mehr zur Zeit des Unfalls gewesen sei, indem, wie gesagt, das Eigenthum zu beiden Zeiten zum Fundament der Klage gehört, mithin dieselbe hinwegfallen muß, wenn auch nur Lindquist zu Einer derselben nicht mehr Eigenthümer gewesen sein sollte. Auch fehlt es nicht an einem, dieser Modification des Beweises entsprechenden Vortrage der Beklagten, indem dieselben in der angezogenen Stelle der Vernehmlassung ausdrücklich den Beweis des Eigenthums „von dem Tage der Versicherung bis zur Strandung" verlangt, also die Fortdauer desselben speciell für diese ganze Zeit bezweifelt haben.

IV.

Der von dem Niedergerichte den Beklagten auferlegte und von dem Obergerichte, der beiderseitigen Beschwerde ungeachtet, bestätigte Beweis,

daß, und um wie viel das versicherte Casco in der Police zu hoch taxirt sei,

ist in gegenwärtiger Instanz nur noch von den Beklagten angefochten, welche vermöge ihrer eventuellen dritten Beschwerde verlangen, daß vielmehr den m. d. Klägern der Beweis auferlegt werde, daß das versicherte Schiff zur Zeit der Verunglückung den in der Police angegebenen Werth wirklich gehabt habe.

Diesem Antrage war jedoch nicht Statt zu geben. Sie machen dafür folgende Argumente geltend:

1) die Police sei überall keine taxirte Police;

2) wäre sie dies auch, so würde doch die Taxe wegen bedeutender Ueberschreitung des versicherten Gegenstandes ungültig sein, und

3) habe die Taxe auch nicht die Wirkung, von der Beweislast zu befreien.

ad 1) Die Qualität der Police als einer taxirten Police bestreiten die Beklagten aus folgenden Gründen:

a) weil die in derselben befindliche, zur Aufnahme der Taxe bestimmte Clausel „welches mit unserer Bewilligung auf — — — taxirt wird," nicht ausgefüllt sei;

b) weil die unbestimmte Anzeige: „eichen oder föhren" jede Möglichkeit einer Taxe ausschließe;

c) weil auch keine Ordre zur Taxirung des versicherten Gegenstandes gegeben; und

d) derselben keine Schätzung voraufgegangen sei.

Nichtsdestoweniger muß man mit den Richtern der beiden vorigen Instanzen die Meinung der Partheien, die Summe von 27,000 ℔ Bco. als wahre Taxe in die Police aufnehmen zu wollen, für hinreichend durch die Umstände erwiesen annehmen. Erwägt man nämlich

α) daß es durchaus gewöhnlich ist, bei Versicherungen von Casco den Werth desselben in der Police zu taxiren, weil der Versicherte dadurch der schwierigen und fast unmöglichen Beweisführung im Falle eines Unterganges des Schiffes überhoben wird, ja daß nach

Benecke, System ꝛc., Bd. I. S. 502.

der Fall, wo ein Schiff ohne Taxation versichert wird, nur äußerst selten vorkommt, so erwächst schon daraus eine dringende Präsumtion, daß auch im vorliegenden Falle die Absicht auf nichts Anderes gerichtet gewesen sei. Dieselbe wird aber auch

β) noch dadurch unterstützt, daß in der Police der Ausdruck „taxirt" gebraucht worden, welcher in dieser Beziehung technisch ist. Ueberhaupt können die Worte „taxirt Bco. ℔ 27,000," da solche offenbar nicht müssig sind, nur entweder den Zweck einer bloßen Werth-Anzeige, oder den Zweck einer eigentlichen Taxe des versicherten Gegenstandes haben. Da nun Erstere, zumal bei Schiffen, eben so ungewöhnlich, als diese gewöhnlich ist, so muß man sich unbedingt für die Interpretation in dem gewöhnlichen Sinne entscheiden.

Es konnten ferner

γ) die m. n. Kläger nach der Fassung des Ordrebriefes von Göring,

Anl. № 7 ad Rec. VI. der Niederger.-Act.,

worin es wörtlich heißt: „von Gothenburg unterm 15. d. M. wurde mir heute der Auftrag, das Casco der schwedischen Brigg Triumph — — — taxirt zu Bco. ℔ 27,000. zu versichern" ꝛc. nicht füglich anders annehmen, als daß es die Meinung des Ordregebers sei, diese Summe als Taxe in die Police aufzunehmen, und folglich ist auch ihre Ausrichtung des Auftrages vorzugsweise in diesem Sinne zu verstehen.

Es ist daher auch der Einwand der Beklagten, daß es den m. n. Klägern an einer Ordre zur Taxation gefehlt habe, nicht richtig.

Endlich kommt auch in Betracht,

δ) daß die Beklagten die Clausel in der Police, welche die Taxe betrifft, nicht durchgestrichen und gelöscht haben, welches sie doch höchst wahrscheinlich gethan haben würden, wenn sie schon damals die Absicht gehabt hätten, die Worte: „taxirt Bco. ℔ 27,000." nicht für eine mit ihrer Bewilligung angenommene Taxe anzuerkennen. Gegen diese Annahme kann denn auch weder die allerdings ungewöhnliche und selbst incorrecte Fassung der Police in Betracht kommen, da die Meinung klar, und es im Allgemeinen gleichgültig ist, an welcher Stelle eine Clausel oder Bedingung in die Police eingerückt, und wie sie ausgedrückt wird, noch die unbestimmte Anzeige über die Beschaffenheit des Schiffes, weil die Versicherer bei der Annahme der Taxe in der Regel die Angaben des Versicherten für richtig annehmen, ohne selbst von den Umständen, welche den Werth des versicherten Gegenstandes bestimmen, unterrichtet zu sein, noch endlich der Umstand, daß der Taxe keine Schätzung voraufgegangen, da eine solche ganz ungewöhnlich ist.

Ist nun diesem zufolge die Police allerdings eine taxirte, so leuchtet es

ad 2) von selbst ein, daß von der Wirkung einer etwaigen Uebersetzung des Werthes des versicherten Gegenstandes so

lange keine Rede sein kann, als es noch an dem Beweise einer solchen Uebersetzung fehlt, und ist mithin die Frage, welchen Einfluß Letztere eventualiter haben könne, ohne Einfluß auf die Vertheilung der Beweislast.

Was aber

ad 3) die Wirkung der Taxe in dieser Beziehung anbetrifft, so ist schon oben bemerkt, daß der Zweck derselben lediglich darin besteht, den Versicherten der schwierigen und oft, zumal bei totalem Untergange des versicherten Gegenstandes, fast unmöglichen Beweisführung über den Werth desselben zu überheben.

Benecke System ꝛc., Bd. I. S. 478.

Aus diesem Zwecke ergibt sich denn schon von selbst, daß nicht von dem Versicherten auch noch neben der Taxe ein Beweis des Werthes des taxirten Gegenstandes gefordert werden könne, sondern daß die Taxe vielmehr die Wirkung haben müsse, die Last des Beweises auf den Versicherer, welcher sich die Taxe gefallen ließ, zu wälzen, womit auch die Vorschriften mehrerer Gesetze übereinstimmen;

vgl. Preuß. Landr. Th. II. Tit. 8 § 2170 vgl. mit § 2169 i. f.

Code de comm. Art. 332, 339. vgl. mit Art. 336, und kann der Meinung der Beklagten, daß die Taxe nur das maximum des Schadenersatzes bestimmen solle, durchaus nicht beigepflichtet werden.

Gegen die Normirung des Beweissatzes ist von den Partheien nichts erinnert, und ist es bei demselben um so mehr lediglich zu belassen, da das Obergericht bereits in Beziehung hierauf bemerkt hat, daß jedenfalls nur eine bedeutende Uebersetzung des Werthes in Betracht kommen könne.

V.

Auch in Betreff der Einrede des dolus war das angefochtene Erkenntniß lediglich zu bestätigen.

Wenn in Beziehung hierauf

1) die Kläger mittelst ihrer fünften Beschwerde sich dadurch gravirt erklären, daß den Beklagten überall der Be-

weis eines von dem Schiffer verschuldeten dolus nachgelassen worden, so stützen sie sich darauf:

a) daß eine desfallsige Einrede nicht gehörig und nicht als positive Behauptung vorgeschützt sei; und

b) daß dieselbe auch, wenn vorgeschützt, weder nach der Hamb. Ass.-Ordnung noch nach der Police zu beachten gewesen, auf die Pläne aber mit Unrecht Bezug genommen sei, indem die Beklagten sich auf solche nicht berufen und dieselben nicht zu den Acten gebracht hätten.

Allein es ist

ad a) die Behauptung, daß sich der Schiffer eine Betrügerei müsse haben zu Schulden kommen lassen, und daß dieselbe aus der Verklarung deutlich hervorgehe, schon in der Vernehmlassung erster Instanz S. 5 i. m. u. S. 8

ad Rec. VIII der N.-Ger.-Act.

ausdrücklich hervorgehoben, und in der Duplik S. 17 u. 24

ad Rec. X. ibid.

wiederholt. Jedenfalls aber ist sie in der Vernehmlassung 2ter Instanz S. 30 u. 31 in f.

[14.] der O.-Ger.-Acten

nachgetragen, welches, als nähere Erläuterung des in der ersten Instanz Vorgekommenen, vermöge des beneficii novorum völlig zulässig war.

l. 4 C. de tempor. et repar. appell.

und ist dadurch jedem etwaigen früheren Mangel abgeholfen.

ad b) Eben so haben sich die Beklagten nicht nur sofort auf ihre Pläne berufen,

Vernehml. 1ster Inst. S. 8 verb. „nach den zum Grunde gelegten Bedingungen,"

sondern sie haben die hier in Betracht kommende beschränkende Clausel sogar in ihre

Duplik S. 9.

wörtlich eingerückt, und konnte es keinen Anstand haben, daß das Niedergericht bei Abfassung seines Erkenntnisses sofort auf die gedruckten und allgemein bekannten Pläne recurrirte, ohne erst, zum wirklichen Ueberflusse, auf die Beibringung

derselben zu interloquiren, zumal sie den m. n. Klägern, welche sich eine Bezugnahme darauf in der Police haben gefallen lassen, bekannt sein müssen. Jene Pläne, und zwar aller drei Compagnien, mithin auch des Versicherungs-Vereins von 1826, enthalten nun aber ausdrücklich die Bestimmung, daß die Compagnie für etwaige Betrügereien des Schiffers nicht aufkomme. Wenn daher gleich die Hamb. Assec.-Ordnung weiter geht, so ist doch den Bestimmungen derselben durch die Pläne in so weit derogirt, und da nun die Bevollmächtigten der Compagnie bei Unterzeichnung der Police auf ihre Pläne ausdrücklich Bezug genommen haben, der Dr. Schroeder aber sich die Bestimmungen des Planes der 3. Assecuranz-Compagnie von 1826 angeeignet hat, so ist auch dieser schriftlichen Clausel der Vorzug zu geben vor den gedruckten Bedingungen der Police.

vgl. Hamb. Assec.-Ordn. Tit. IV. Art. 1.

Der Beschwerde der m. n. Kläger war mithin nicht Statt zu geben.

Es konnte aber auch eben so wenig

2) den Anträgen der Beklagten deferirt werden, welche in Folge ihrer eventuellen zweiten Beschwerde zunächst verlangen, daß der Beweis als schon geführt angenommen, und mindestens, daß die niedergerichtliche Fassung des Beweissatzes wiederhergestellt werde.

Zuvörderst

a) versteht es sich von selbst, daß es nicht genügen könnte, wenn nur eine culpa, und wäre es selbst eine culpa lata, des Schiffers in Führung des Schiffes dargethan würde, sondern daß die Beklagten jedenfalls eine wirkliche Betrügerei desselben erweisen müssen. Denn sie sind sowohl nach der Hamb. Assec.-Ordnung als nach ihrer eigenen Police verpflichtet, für alle dem Versicherten durch den Schiffer zugefügten Nachtheile aufzukommen, und davon ist durch die Pläne bloß der Fall einer Betrügerei ausgenommen; dieser deutsche Ausdruck aber ist nicht gleichbedeutend mit culpa lata, und kann auch die Rechtsregel, daß culpa lata dem dolus gleichzuachten

sei, nicht hierauf angewendet werden, indem sich diese Regel nur auf die Prästation des eigenen Verschuldens und nicht auf den Fall bezieht, wo für die culpa oder den dolus eines Dritten Ersatz zu leisten ist.

b) Den Beweis einer solchen Betrügerei anbelangend, kann man es dahingestellt lassen, ob und in wie weit derselbe schon durch das von den Beklagten bisher Beigebrachte erschöpft werden dürfte. Denn wenn gleich auf der einen Seite es nicht zu verkennen ist, daß sich für einen solchen Beweis bereits erhebliche Momente in den Acten finden, so ist doch auf der anderen Seite eben so klar, daß der Beweis, so wie die Acten liegen, keinesweges bereits für vollständig gehalten werden könne, indem jedenfalls wenigstens erst durch das Journal selbst und durch ein wirklich beweisfähiges Gutachten von Sachverständigen constatirt werden müßte, ob die in dem, von den Beklagten producirten Auszuge aus dem Journale angegebenen Winde und Course wirklich in einem solchen Widerspruche mit den in der Verklarung bezeugten Thatsachen stehen, wie dieselben unter Beziehung auf das von ihnen zu den Acten gebrachte, aber aller Beweiskraft ermangelnde Document

Anl. A. ad Dupl. 1ster Inst.

behaupten. Es war daher vollkommen richtig, über diesen Punkt noch erst ein förmliches Erkenntniß auf Beweis und Gegenbeweis abzugeben, und das um so mehr, da nicht nur auf der einen Seite den Beklagten freigelassen werden muß, ihren Beweis in der Maaße zu vervollständigen, wie sie solches den Umständen angemessen finden (wobei es nicht zu verkennen ist, daß sich für denselben selbst aus manchen anderen zu ihrem Beweise verstellten Thatsachen, wenn dieselben zu erweisen sein sollten, noch manche wesentliche unterstützende Momente dürften entnehmen lassen), sondern auch dem klägerischen Mandanten unbenommen bleiben muß, seine Gegenbeweis-Mittel vollständig zu benutzen.

c) Das Beweisthema endlich ist von dem Niedergerichte offenbar zu unbestimmt normirt, indem sich darunter, wenn

auch die Meinung nicht dahin gegangen sein sollte, doch dem Wortlaute nach, auch jeder etwaige Betrug des Schiffers würde begreifen lassen, welchen dieser auf der versicherten Reise, aber ohne allen Bezug auf den erlittenen Unfall, mögte verschuldet haben. Es ist mithin von dem Obergerichte mit Recht bestimmter gefaßt worden, und da nun der gewählte Ausdruck „das Verunglücken des Schiffes" so generell ist, daß er nicht bloß den in directer Beziehung auf die Strandung verübten dolus, sondern daß er auch den Fall umfaßt, wenn etwa der Schiffer durch seine culpa, oder gar durch einen casus auf den Strand gerathen sein, die Rettung des Schiffes aber dolose unterlassen, und so das wirkliche Verunglücken oder eine Vergrößerung des Verlustes herbeigeführt haben sollte, auf welches Beides die Beklagten hindeuten,

Vernehml. 2ter Inst. S. 31.

so können sie auch durch die Fassung des Beweissatzes nicht für gravirt erachtet werden.

VI.

Auf diesen Streitpunkt bezieht sich wieder die erste Beschwerde der m. n. Kläger, vermöge welcher sie von der ihnen resp. durch das Nieder- und Obergerichts-Erkenntniß auferlegten Beibringung der Original-Verklarung, des Journals und der über den Verkauf des Schiffes und der Schiffsgeräthschaften aufgenommenen Urkunden dispensirt sein wollen.

Es ist aber

a) die Production der Verklarung von dem Obergerichte bloß aus dem Gesichtspunkte einer nothwendigen Vervollständigung des anticipirten Beweises verfügt. Da nun durch das gegenwärtige Erkenntniß annoch allgemein auf Beweis der Strandung interloquirt ist, so wird nunmehr dem eigenen Ermessen der m. n. Kläger überlassen bleiben müssen, ob und in wie weit sie sich zur Führung desselben der Original-Verklarung mit bedienen wollen oder nicht. Aus dem Gesichtspunkte der Urkunden-Edition aber konnte ihnen die Vorlegung derselben zur Zeit nicht angesonnen werden, weil sich der Editions-Antrag der Beklagten

Duplik Ister Inst. S. 24, 25.

auf die Verklarung nicht mit erstreckt.

b) Dahingegen sind die m. u. Kläger zur Edition des Journals schon als solche verpflichtet,

Martin Lehrb. d. Proc. § 316 (9. Ausg.)

indem sich nicht bezweifeln läßt, daß ihr Mandant Lindquist solches selbst oder doch durch seinen Schiffer besitzt.

Die Gründe, aus welchen sie glauben sich derselben entziehen zu können, sind folgende:

1) der Antrag sei erst in der Duplik gemacht, also verspätet;

2) die Beklagten müßten das Original bereits vor Anstellung der Klage, wenn gleich nicht durch den klägerischen Mandanten, vollständig mitgetheilt erhalten haben, weil sie zur Duplik ein von ihnen eingefordertes Gutachten zweier dänischer Schiffer beigebracht hätten, in welchem sich eine Copie des Journals finde, welches die Edition des Originals überflüssig mache;

3) es würden ihnen dadurch unnütze Kosten veranlaßt.

Allein

ad 1) kann von einer Verspätung überall nicht die Rede sein, da Editionsgesuche an keine Zeit gebunden sind, sondern selbst noch während des Beweisverfahrens angebracht werden können;

ad 2) läugnen die Beklagten die frühere außergerichtliche Mittheilung des Journals, und behaupten, daß bloß ihrem Agenten, dem Consul Niffen in Thisted, ein unbeglaubigter Auszug aus demselben zugekommen, welcher dem erwähnten Gutachten zum Grunde gelegt sei.

[18.] der O.-A.-Ger.-Act. S. 4.

Da nun die m. u. Kläger selbst nicht zu behaupten vermögen, daß wirklich eine Mittheilung des Originals früher bereits Statt gefunden habe, sondern sie solche bloß vermuthen, und da sie überdies den producirten Auszug für richtig anzuerkennen weigern,

[5.] der O.-A.-Ger.-Act. S. 9 in f., 10.

so beseitigt sich dadurch ihr aus diesem Grunde entlehnter Einwand von selbst.

ad 3) Die Kosten anlangend endlich, so haben die Kläger, da hier von einer bloßen Edition die Rede ist, und nicht von Production des Journals als Beweismittels zur Führung eines ihnen obliegenden Beweises, weiter nichts zu thun, als dasselbe gerichtlich vorzulegen, und wird es dann die Sache der Beklagten sein, sich davon Uebersetzungen, Abschriften u. s. w. auf ihre Kosten anfertigen zu lassen.

Martin a. a. O. § 317 a. E.

Gegen die solchergestalt verfügte Edition läßt sich nun auch nicht etwa aus der processualischen Lage der Sache ein Bedenken entnehmen. Denn wenn gleich das Niedergericht auf den Editionsantrag der Beklagten nicht eingegangen ist, und dieselben dawider in der vorigen Instanz keine Beschwerde erhoben haben, so ergibt sich doch aus dem Niedergerichts-Erkenntnisse deutlich, daß der Antrag keineswegs unberücksichtigt geblieben ist, sondern daß man es nur für überflüssig angesehen hat, die Edition besonders zu verfügen, weil sich die m. d. Kläger in Rücksicht auf die gemachte Auflage, die Strandung besser als geschehen zu beweisen, ohnehin zur Production des Journals veranlaßt finden dürften, wogegen die Beklagten zu gravaminiren allerdings keine Veranlassung hatten. Da nun aber gegenwärtig nicht die niedergerichtliche Beweisauflage pure wiederhergestellt, sondern der Beweis anders normirt ist, und es sich wohl als möglich denken ließe, daß die m. d. Kläger sich zur Führung des Beweises in seiner jetzigen Fassung des Journals nicht bedienen mögten, so mußte nun der Editions-Antrag ohne Weiteres als reviviscirend angesehen werden, und war daher allerdings noch zu berücksichtigen.

c) Die Vorlegung der Verkaufs-Documente hiernächst ist von den Beklagten, laut ihres Antrages in der Duplik a. a. O., nicht aus dem Gesichtspunkte der Editionspflicht begehrt, sondern weil sie Documente seien, auf die es eventualiter zur Justification der Schadensforderung ankommen werde, und ganz aus diesem Gesichtspunkte hat auch

das Niedergericht die Vorlegung derselben verordnet. In diesem Punkte ist nun aber das Niedergerichts-Erkenntniß mit vollem Rechte vom Obergerichte bestätiget. Denn in so fern die m. n. Kläger Ersatz eines Schadens fordern, so müssen sie auch den Umfang desselben erweisen, und kommt es dabei besonders auf den Ertrag des bei der Strandung Geborgenen an. Dagegen läßt sich auch nicht einwenden, daß die Beklagten die in der Generaldispache enthaltenen Angaben über den Ertrag der Auction nicht in Abrede gestellt hätten, und also der Richtigkeit derselben für geständig müßten angenommen werden. Denn da sie ganz allgemein über die Strandung bessern Beweis verlangt haben, so läßt sich mit diesem Abläugnen des Unfalls selbst ein Eingeständniß über den Auctions-Ertrag des bei der Strandung Geborgenen nicht reimen. Auch kann, die Sache aus diesem Gesichtspunkte beurtheilt, auf eine etwaige frühere Mittheilung der Documente an die Beklagten nichts ankommen, da der Beweis dem Richter geführt werden soll und also die Beweismittel zu den Acten gebracht werden müssen. Eben so wenig endlich können die m. n. Kläger von der Befolgung der Auflage um der damit verbundenen Kosten willen ganz dispensirt werden, und muß es übrigens dem Niedergerichte überlassen bleiben, bei der Production der gedachten Urkunden den m. n. Klägern alle Erleichterung zu gewähren, welche die Umstände irgend zulassen.

War nun aus diesen Gründen in der Hauptsache allenthalben so, wie im Urtheile geschehen ist, zu erkennen, so mußten dagegen die Kosten dieser Instanz bei der theilweise ergehenden Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses und der unverkennbaren Zweifelhaftigkeit der Sache, so wie die der vorigen, gegen einander verglichen und aufgehoben werden.

Druck von H. G. Rahtgens in Lübeck.